

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**TUTELA INTERDITAL COMO EVIDÊNCIA E FATOR MITIGADOR DA
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

ALINE DE OLIVEIRA TEIXEIRA

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**TUTELA INTERDITAL COMO EVIDÊNCIA E FATOR MITIGADOR DA
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

ALINE DE OLIVEIRA TEIXEIRA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do Prof. Jesualdo Eduardo Almeida Junior.

Presidente Prudente/SP

2012

TUTELA INTERDITAL COMO EVIDÊNCIA E FATOR MITIGADOR DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Especialista em
Direito Civil e Processo Civil.

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, 4 de fevereiro de 2012.

A lei é sempre muda, e sem actividade, em quanto o processo lhe não dá movimento, que a faz viver.

SR. Peniz, Elem. de Praet Form.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ser misericordioso.

Aos meus pais, Airton e Tânia, a quem devo tudo o que sou, e que, sem pestanejar, sempre me ajudaram, de todas as formas possíveis, quando precisei.

A minha irmã, Carine, e ao meu cunhado, André, pela alegria que me proporcionaram ao me dar uma sobrinha, Cecília, tornando mais prazeroso a confecção do presente trabalho.

Ao meu namorado, Éllisson, pela companhia, confiança e incentivo de sempre.

A minha tia Izabel, a quem chamo carinhosamente de “segunda mãe”, a minha avó Hilda, e a minha sogra Elena, pelas orações, confiança e apoio nos momentos mais difíceis.

Ao meu orientador, Professor Jesualdo Eduardo Almeida Junior, pelos conhecimentos prestados, atenção, paciência e amizade, sem os quais este trabalho não teria chegado ao fim.

Agradeço à banca examinadora, que gentilmente aceitou o convite para a apreciação deste trabalho, deixando-me honrada com suas participações.

Ao meu amigo Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues, pela gentileza de me auxiliar na pesquisa e nas trocas de ideias.

Aos meus colegas do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos, e do Damásio, pela agradável convivência diária e pela troca de conhecimentos.

A todos os professores e funcionários da faculdade que de forma direta ou indireta colaboraram para a conclusão deste trabalho.

Com Carinho.

RESUMO

O presente trabalho analisa a discricionariedade judicial frente ao direito fundamental ou incontroverso, e o dever do Estado de prestar tutela jurisdicional efetiva. A ideia foi pesquisar através de dados históricos e atuais o exercício da jurisdição, no qual verificou-se que a tutela interdital romana levava em conta a natureza do direito envolvido, a razoável duração do processo, a prova pré constituída e o momento de sua produção. Esta análise revelou a presença dessas características nos procedimentos especiais, e a semelhança desta tutela com a de evidência. Considerando que o atual sistema jurídico, no qual compõe-se de cláusulas abertas e obediência à Constituição Federal detectou-se a existência da discricionariedade judicial para a efetivação do direito, porém, quando diante de um direito fundamental ou incontroverso, ainda que entre particulares, não há discricionariedade na sua concessão.

Palavras-chave: Tutela Interdital. Tutela de Evidência. Procedimento Adequado. Direito Fundamental. Discricionariedade Judicial.

ABSTRACT

This paper analyzes the judicial discretion against the fundamental right or uncontroversial, and the State's duty to provide effective judicial guardianship. The idea was to search through historical data and current exercise of the jurisdiction in which it was found that the Roman interdital guardianship took into account the nature of right involved, the reasonable duration of the process, the evidence pre made and the time of its production. This analysis revealed the presence of these traits in special procedures, and supervision of this similarity with the evidence. Considering that the current legal system, which consists of open clauses and obedience to the Constitution has detected the existence of judicial discretion for the realization of the right, but when faced with a fundamental right or uncontroversial, even between individuals, there is no discretion in its award.

Keywords: Interdital Guardianship. Evidence Guardianship. Appropriate Procedures. Fundamental Right. Judicial Discretion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ORIGEM DAS TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	11
2.1 Os Interditos Romanos.....	12
2.2 A Evolução do Processo Interdital no Direito Canônico, no Direito Comum e no Anglo Saxão.....	14
2.3 Evolução no Direito Brasileiro	19
3 TUTELAS DIFERENCIADAS	23
3.1 Teoria da Cognição	25
3.2 Tutela de Evidência.....	30
3.3 Tutela de Urgência.....	32
3.3.1 Tutela Cautelar	34
3.3.2 Tutela Antecipada	35
4 A LEI E O JUIZ NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO	40
4.1 Breves Considerações da Evolução Histórica.....	40
4.2 A Lei Interpretada.....	46
4.3 O Neoprocessualismo	48
5 TUTELA INTERDITAL COMO EVIDÊNCIA E FATOR MITIGADOR DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	51
5.1 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	51
5.2 A Tutela Interdital Como Técnica Processual Efetiva de Direitos Fundamentais Perante Particulares.....	57
5.3 A Tutela Interdital Como Evidência e Fator Mitigador da Discricionariedade Judicial	59
6 CONCLUSÃO	64
BIBLIOGRAFIA	67

1 INTRODUÇÃO

A busca da efetividade da tutela jurisdicional fez com que estudiosos e operadores do direito revissem o conceito de processo, que deixou de ser mero instrumento passando a retratar o direito material. Para tanto, o processo civil passou a ser visto sob a luz da Constituição Federal.

O Projeto do novo Código de Processo Civil pretende trazer uma nova espécie de tutela diferenciada, denominada “tutela de evidência”. Prevista no artigo 285 do Projeto, referida tutela destina-se a proteger direito líquido e certo quando um particular violar ou impedir exercício deste. Diante da Evidência do direito, e do princípio da isonomia, não seria justo adiar a satisfação definitiva daquele que se encontra no processo apoiado em prova inequívoca.

Daí a problematização do presente trabalho, que consistiu na pesquisa da tutela adequada à proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista o sistema jurídico atual, e o poder discricionário judicial. Para tal solução se apoiou em material bibliográfico, livros, artigos científicos, revistas, jornais e internet acerca do tema.

Embora o termo “tutela de evidência” seja novo no ordenamento jurídico brasileiro, as características destas são há muito conhecidas, haja vista que é semelhante a antiga tutela interdital do direito romano, que cuidava da proteção dos direitos absolutos. Contudo, constatou-se que houve uma publicização das ações, em decorrência da supervalorização da segurança jurídica, fato que resultou no esquecimento dos interditos. Com isso, o dualismo existente no período romano (*actio* e *interdictum*), deixou de ser lembrado, embora nunca tenha deixado de existir. Passando os interditos denominarem-se também de ações, e sob este contexto foi elaborado o Código de Processo Civil brasileiro.

A existência desse dualismo foi facilmente percebido quando o processo deixou de ser conceituado como mero instrumento. Pois, o direito processual civil buscou tornar efetivo o direito material, de modo a se alcançar a necessária justiça no caso concreto. Para tanto, utilizou-se de diversos meios de tutela, e a ela atribuiu-se o adjetivo efetivo.

É o que tentou-se demonstrar nos Capítulos iniciais do presente trabalho.

Após análise das tutelas diferenciadas, buscou-se revelar a influência direta que a evolução da sociedade desenvolveu no exercício da jurisdição, bem como na relação entre a lei e o juiz, que, conforme detectamos, alternou entre a total submissão à lei, ao seu repúdio. Até o advento do neoprocessualismo que consistiu na ampliação de opções judiciais devido a instituição de normas processuais abertas e a interferência da Constituição Federal em todo ordenamento jurídico, que tornou o direito à tutela efetiva e adequada, fundamental ao homem.

Desta feita, observamos que os poderes do juiz foram ampliados, vez que ele passou a ter mais liberdade de interpretação, para que pudesse aplicar a norma de acordo com os fatos e circunstâncias que o caso concreto apresentar.

Porém, a violação de direito líquido e certo, ainda que cometido por particular, mitiga esse poder discricionário judicial, pois, impele uma postura diferente do magistrado, que quando deparar-se com um pedido no qual há um direito evidente deve dizê-lo e providenciar medidas para efetivá-los.

De fato, o dever, que consiste em interditos, não garante a mesma discricionariedade do magistrado que a obrigação, consistente nas ações.

2 ORIGEM DAS TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ponto de partida fundamental, para iniciar o presente trabalho, é tecer alguns comentários acerca do conceito de obrigação. Isso porque, há muito tempo este conceito foi ampliado, nivelando obrigação e dever, ou seja, para alguns processualistas, como por exemplo Buzaid, obrigação e direito passaram a ter o mesmo tratamento processual e conseqüentemente o mesmo conceito.

Acontece que referida equiparação se dera porque estes processualistas negaram a existência de sentenças mandamentais e executivas *latu sensu*, reduzindo-as em condenatórias, já que para os filiados desta corrente tradicional só existem três ações, quais sejam: condenatórias, declaratórias e constitutivas.

Porém, Pontes de Miranda (1998) preocupou-se em distinguir direito de obrigação. “Para o jurista direito tem sentido estrito: é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático” (p. 46). E ainda, completa afirmando que direito é correlato ao dever (p.47).

Quanto à obrigação, nos ensinamentos de Pontes de Miranda, esta é relacionada à pretensão. E pretensão, no seu entender é “a tensão, para algum ato ou omissão, dirigida a alguém” (p. 69). Concluiu o doutrinador (MIRANDA, 1998, p.69) que pretensão é a faculdade jurídica de exigir algo mais de outrem, por isso não pode ser confundido com o direito.

Referida diferença fica mais clara com a exemplificação que Ovídio Baptista da Silva (1997) extraiu do doutrinador em comentário:

Quem reivindica, em ação, pede que se apanhe e retire a coisa, que está, contrariamente a direito, na esfera jurídica do demandado, e se lha entregue. Nas ações de condenação e executivas por créditos não se dá o mesmo: os bens estão na esfera jurídica do demandado, acorde com o direito; porque o demandado deve, há a condenação dele e a execução que é a retirada do bem, que está numa esfera jurídica para outra esfera jurídica, a fim de satisfazer o crédito; portanto modifica-se a linha discriminativa das duas esferas. (SILVA, 1997, p. 16)

Nos dizeres de Canelutti *apud* Silva (1997, p. 55) “seria impossível obscurecer a diferença de tratamento que a ordem jurídica dispensa ao devedor que deve pagar com o que lhe pertence e o usurpador ou ladrão que terá de restituir o que não é seu”.

Assim sendo, a distinção de obrigação e dever é essencial na prestação da Jurisdição, pois contribui para efetividade da tutela jurisdicional fornecida pelo Estado.

No entanto, a confusão destes dois institutos do direito e, conseqüentemente, a resistência, por décadas, de muitos processualistas em reconhecer as tutelas mandamentais e executivas *latu senso* tem explicações históricas. Resumem-se na supressão dos interditos e na universalização das ações, conforme analisaremos.

2.1 Os Interditos Romanos

No direito processual civil romano clássico, havia dois sistemas pré formulados, a *actio* e o *interdictum*. Embora esses sistemas destinavam-se à solução definitiva dos conflitos, eles se distinguiam na forma, no meio e no próprio objetivo (LACERDA, 1972, p.55).

Os direitos disponíveis, patrimoniais, eram inerentes às ações, *actios*. Esses direitos, tidos como meras pretensões, eram sempre de natureza privada e submetiam-se a duas fases.

A primeira consistia na conciliação dirigida pelos mais sábios ou mais idosos e, num segundo momento, as ações eram decididas pelo pretor. Não havia possibilidade de concessão de liminares, e caracterizava-se pelo contraditório e ampla defesa. Por fim, da *actio* provia condenação, ou seja, tutela declarativa.

No *interdictum*, os direitos tratados eram indisponíveis, extrapatrimoniais, de natureza pública, de modo que não havia conciliação. Era possível a concessão de liminares, mesmo sem a presença da parte contrária, mediante cognição sumária, e o pretor a acompanhava desde o início. Consistiam

em instrumentos que emanavam ordens, dando origem a provimentos mandamentais.

Nos dizeres de Galeno Lacerda (1972, p. 57), “enquanto a *actio* consistia no direito ao *judicium*, com condenação pecuniária, o *interdictum* era o direito ao decreto, com exedução específica a determinado comportamento jurídico”.

Nesse contexto, conclui-se que, no *interdictum*, a concessão de liminar poderia ser feita *inaudita altera partes*, revelando-se muito mais eficiente que a *actio*, pois esta, conforme demonstrado, era repleta de formalidades e muito morosa, fato que impedia a tempestiva aplicação do direito.

Ressalta Bedaque:

A cognição sumária e a antecipação de efeitos materiais de tutelas eram técnicas conhecidas, pois, já no direito romano antigo. Registra a doutrina a existência de 12 exemplos de tutelas dessa natureza, dez nas Pandectas e dois nos Códigos de 213 e 331 d. C. (1998, p. 28)

Observa-se nos interditos, ademais, as primeiras manifestações de tutela de urgência, pois, quanto à finalidade destes mandados, destacam-se: proibitórios, exhibitórios ou restituitórios. Segundo Lacerda (1997, 53), os *interdictos* constituíam na imposição de veto, isto é, um não fazer determinada conduta, ou nos chamados decretos, que consistiam numa ordem comissiva, num comando para exhibir ou restituir algo.

Ainda, cumpre ressaltar que referidas ordens eram emanadas diretamente do magistrado romano, a pedido de uma pessoa privada contra outra (LACERDA, 1972, p. 53). Quer-se dizer, em outras palavras, que os interditos eram a tutela específica contra a violação de um direito absoluto nas relações horizontais.

Os interditos eram tão comuns, que só haveria o procedimento das *actios* nas hipóteses em que a execução específica fosse impossível, ou seja, *actio ex interdidicto*, a qual, se procedente, seriam avaliadas as perdas e danos (LACERDA, 1972, p. 57). Portanto, deixa claro o caráter subsidiário das *actios* e, conseqüentemente, a importância dos interditos na solução das lides.

Porém, no Baixo Império, houve uma publicização total da *actio*, razão pela qual os sistemas unificaram e os interditos passaram-se a chamar, também,

ações. E, esta publicização da *actio* ocorrera principalmente por influência do direito canônico.

2.2 A Evolução do Processo Interdital no Direito Canônico, no Direito Comum e no Anglo Saxão

A principal característica do direito Romano pós clássico é o fato de o direito passar a ser elaborado quase que exclusivamente pelo Estado, mediante constituições imperiais (ALVES, 2003, p. 71).

Constantino foi o primeiro imperador cristão que se tem notícia. Seu reinado apoiou-se no cristianismo e na igreja. Outros imperadores influenciados pela fé cristã, valendo-se da posição que ocupavam, elaboraram normas com conteúdos religiosos.

Assim, o Direito Romano pós clássico se formava sob a codificação das normas e a religião cristã. Como ensina Biondi:

Su questa basi si forma La tradizione medievale che identifica La grandezza di Roma con La Roma Cristiana. Il basso impero non appare come decadenza ma splendore, in quanto importa affermazione della fede Cristiana in tutti i campi. Constantino e Giustiniano si raffigurano come Il tipo ideale di imperatori perchè in loro si vede impersonato Il modello Del legislatori cristiano. (1952-54, p. 11)

Essa introdução religiosa no direito romano se deu de maneira silenciosa, pois não rejeitou abertamente os princípios informadores daquele direito; muito pelo contrário, utilizou-se deles, entretanto, sob novas inspirações e critérios.

Os velhos textos romanos passam, agora, a ser iluminados por outros princípios, de modo que mesmo permanecendo inalterados em sua forma exterior, o direito que então se formou reflete inteiramente os novos valores do cristianismo. (SILVA, 2002, p. 17)

Alerta Troplong¹ (1852, p.49) ser um grande erro imaginarmos que no comando do primeiro imperador religioso haveria uma reforma radical e absoluta nas instituições. Isto porque, embora o imperador fosse cristão, o império ainda era pagão, de modo que, antes de converter o império, era preciso converter os corações. “As revoluções só se acham realmente maduras, quando as ideias e os fatos são analógicos”.

E continua:

O paganismo havia-se profundamente arraigado na sociedade: desprezado como culto, vivia nos costumes: muitos cristãos pela fé eram ainda pagãos pelos hábitos civis e domésticos. Ora nada impõe ao legislador mais moderação e sabedoria, do que o poder dos costumes, que tão violentamente resiste, quando se procura destruí-lo. Havia também interesses positivos a respeitar - um governo prudente olha a tudo: seria no entanto uma bella utopia cristã a realizar, o proclamar-se, no dia em que o *labarum* venceu as águias romanas², a igualdade de todos os homens, e a liberdade de todos os escravos. (TROPLONG, 1852, p. 49/50)

Apesar de lenta e silenciosa, esta nova visão atribuída ao direito processual foi fundamental para o desaparecimento da tutela interdital, prevalecendo a *actio* em face do poder de império do pretor.

Quer dizer, o sentido privado da jurisdição romana, produtora exclusivamente de sentenças condenatórias – que, como sabemos, não passam de formas simplesmente declaratórias de tutela processual -, universalizou-se, em detrimento da mandamentalidade peculiar aos interditos. (SILVA, 2002, p.18)

¹ Troplong foi o primeiro autor que se ocupou detidamente de estudar a influência do cristianismo no direito romano (*I'influence Du christianisme sur Le droit civil dès romains*), sua obra, entretanto, sofreu severos ataques. Alguns autores diziam que sua teoria era falsa e que o direito romano foi influenciado pelo estoicismo, filosofia pagã, por outro lado diziam que tanto é verdade de que o cristianismo não influenciou no direito romano que a escravidão não acabara neste período (crítica partida de Renan). Porém, atualmente os autores não discordam da influência cristã no direito romano, mas a discussão permanece nos limites da influência cristã. “[...] as interpolações explicaram o motivo porque às vezes encontramos ideias tipicamente cristãs em autores que desconheciam o cristianismo: esses fragmentos são interpolados.” (ALVES, 2003, p. 52)

² Exemplifica Troplong com a batalha de Roma ganha por Constantino contra Maxêncio, revela a tradição que referida batalha foi vencida por Constantino porque um dia antes dela ocorrer (27 de outubro de 312 d.c.) ele teria sonhado as letras gregas XP (Chi-Rho, as primeiras duas letras de Χριστός, "Cristo") entrelaçadas com uma cruz apareceram-lhe enfeitando o sol, juntamente com a inscrição "In Hoc Signo Vincas" — latim para "Sob este signo vencerás". Embora pagão Constantino colocou o símbolo nos escudos dos seus soldados. No dia seguinte, os dois exércitos confrontaram-se e Constantino saiu vitorioso. As informações acerca da batalha foram extraídas da enciclopédia Wikipédia - http://pt.wikipedia.org/wiki/Batalha_da_Ponte_M%C3%ADlvia - acessada em 22 de dezembro de 2011.

Dentre muitos princípios cristãos, Silva (1997, p. 97/100) elenca alguns que foram introduzidos no direito, tais como: a equidade, caridade, moderação, clemência. Os imperadores buscaram por meio da elaboração da norma introduzir esses princípios religiosos.

Neste contexto histórico, início do período medieval, as *actios* dominaram quase todos os setores do processo romano, reservando pouquíssimo espaço para as tutelas interditas, que predominaram durante o império romano.

Neste ambiente cultural, é perfeitamente compreensível que o procedimento romano, agora inspirado pelos valores cristãos, haja suplantado definitivamente, em quase todos os setores do direito processual, o rude e o pouco desenvolvido processo germânico, assim como foi perfeitamente natural a supremacia da *condemnatio* sobre as ações de índole executiva que predominaram durante algum tempo no direito medieval, por influência do direito germânico.

É igualmente explicável o predomínio das *actios* sobre os interditos, ocorrido precisamente no momento em que o Império Romano desaparecia cedendo lugar à formação da cultura medieval. O desaparecimento das formações executivas e mandamentais, sufocadas ambas pela tutela condenatória, teve causas mais políticas do que propriamente jurídicas. Com a queda do Império Romano, desapareceu, como era natural que ocorresse, o império do magistrado, consagrando a jurisdição como *notio*, não mais como *imperium*, de que os interditos foram, em determinado momento uma expressão relevante, no direito romano clássico. (SILVA, 1997, p. 100/101)

Ainda na idade média, por volta do século XIII, os burgueses começaram a ganhar força com o aumento e expansão das relações comerciais. Devido a esta expansão o modelo feudal não satisfazia mais os burgueses, já que cada feudo tinha suas próprias leis, razão pela qual não traziam segurança nas relações comerciais, que aumentavam entre feudos e países vizinhos. Com isso, passou-se a desejar um governo forte e centralizado³.

Nesse período, a Igreja também perdeu forças, embora, as teorias positivistas lideradas por Hobbes confirmavam no processo as *actios*, enfraquecendo cada vez mais os *interdictos*. Tais teorias exaltavam a segurança jurídica que seria alcançada por normas escritas, ao invés da aplicação dos costumes.

³ A formação do Estado Absolutista está melhor detalhado no nosso trabalho monográfico intitulado “A Violência Ilegítima do Estado Constitucional Democrático de Direito no Sistema Prisional Brasileiro” publicado na Revista Intertemas das Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – em 2008.

Como se sabe, o esforço da ilustração para obter um direito perfeitamente determinável e previsível não teve limites. Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis deveriam determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação no sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador afigurava-se contraditório com a doutrina da divisão de poderes (Karl Engisch, *La idea de concreción em el derecho y em la ciencia jurídica actuales*, 2. ed. Alemã, 1968, trad. Espanhola no mesmo ano, p. 179, *apud*, SILVA, 1997, p. 104)

Com isso, diminuiu sobremaneira as características da tutela interdital, já que se preferia a segurança jurídica e codificação das normas à tutela efetiva.

Contudo, ainda no direito canônico, houve a necessidade de se adotar um procedimento abreviado, inspirado nos interditos possessórios, vigorados no final do período clássico do direito romano. Acontece que, para fazer uso da referida tutela, uma vez que as ações eram exaustivamente demoradas, passaram a ampliar o conceito de posse. (LACERDA, 1972, p. 58).

Ainda no século XIII, ao mesmo tempo que surgiam as teorias positivistas, na Itália, Alemanha, Espanha e França, surgiram o *possessorium summarium* ou *summarissimum*, justificado por Savigny pela necessidade de uma decisão imediata, ainda que provisória, contra a violência sofrida, acima de qualquer outra coisa (LACERDA, 1972, p. 58).

Na Alemanha, o *summarissima possessória*, ou interditos, passou a ser chamado de *inhibitiones*. Iniciava-se com uma ordem judicial que tutelava o interesse do reclamado. Tais ordens eram expedidas mesmo sem a citação do réu. Por ter se tornado uma tutela frequente, os mandados iniciais poderiam ser expedidos com ou sem cláusulas de justificativa. Ou seja, referida tutela passou a apresentar várias características dos interditos romanos.

Esta peculiaridade representa mais uma prova evidente de analogia com os antigos interditos romanos, já notada, aliás, por SAVIGNY. Os mandados sem cláusula correspondiam aos interditos absolutos, incondicionados, que não admitiam defesa. Os mandos com cláusula justificativa, ao contrário, equivaliam aos interditos condicionados, hipotéticos, expedidos na hipótese de verazes as afirmações do autor, mas admitindo defesa do réu, cujo comparecimento, transformava o preceito em simples citação. (LACERDA, 1972, p. 59)

Cumpra destacar que as *inhibitiones* germânicas foram estendidas às tutelas de relações de direito público, reconhecendo o mandado liminar em caso de *periculum in mora*.

Quanto ao direito anglo saxão, este resistiu à insistência das teorias positivistas, que nasceram do inglês Hobbes, e prestigiou a jurisdição proferida com fundamento nos costumes.

Enquanto toda a Europa buscava a segurança jurídica na Lei do Estado, sem se preocupar com a injustiça material que eventualmente poderia acontecer, o direito inglês buscou preservar a segurança do direito.

[...] a exigência de segurança jurídica, para o direito inglês não tem em vista a proteção de um direito estratificado num dado preceito normativo, mas ao contrário, o direito que o juiz descobriria para aplicação do caso concreto. (Gustav Radbruch, *Lo spirit Del derecho inglese*, 3. Ed. Alemã, 1956, Milano, 1962, p. 47 *apud* SILVA, 1997, p.105)

Os principais procedimentos do modelo anglo-saxão, com as mesmas características dos interditos, são: *Mandamus* (ordem dirigida a autoridade administrativa ou judiciária, interdito romano condicionado), *Prohibition* (veto a determinado comportamento oficial, interditos proibitórios romanos), *Certiorari* (cassação de processo ou decisão judicial, *intercessio* romana), *Habeas Corpus* (interdito *libero exhibendo* romano) e *writ quo warranto* (impedir usurpação de direitos, cargos ou privilégios públicos).

E, por fim, ensina Lacerda (1972, p. 62) que o direito italiano criou dois tipos de mandados específicos para as relações obrigacionais: *pactum executivum*, consistente na execução sem que as partes tenham que se sujeitar a um processo prévio, e o procedimento monitório, resultante no mandado de cobrança de crédito sem o título. Nos dois casos é possível a concessão da ordem *inaudita altera parte*.

No que tange ao direito processual brasileiro, embora influenciado pelas leis portuguesas, que como quase toda a Europa sofreu fortes influências do cristianismo e do positivismo, como acabamos de ver, ainda sobreviveram no nosso ordenamento alguns procedimentos com características das tutelas interditais, que ganharam forças na medida em que percebemos a necessidade da efetivação do direito por meio do processo.

2.3 Evolução no Direito Brasileiro⁴

Quando o Brasil foi descoberto por Portugal, o sistema vigente no país colonizador era as Ordenações Manoelinas, que estavam carregadas de traços do direito romano canônico, bem como do direito germânico.

Enquanto estava sob o domínio de Portugal, o Estado brasileiro não tinha um sistema processual próprio. Com isso, conforme se alterava a legislação processual do país colonizador, alterava-se também a do Brasil.

Desta feita, quando foi proclamada a Independência, eram as Ordenações Filipinas que vigiam e, sob grande influência desta, foi promulgado o Código de Processo Criminal, no qual continha algumas disposições sobre a Justiça Civil.

Buscando uma justiça mais efetiva e simples, referido código procurou desprender-se do formalismo exagerado, construído pelo direito romano germânico, dos quais podemos mencionar, dentre outras medidas destacadas por Ovídio Araújo Baptista da Silva (2002, p.30), a supressão da réplica e tréplica.

Porém, não houve sucesso, pois algumas normas do processo civil ainda eram regidas pelas Ordenações Filipinas. Assim, foi promulgada a Consolidação de Ribas, mas esta vigorou por pouco tempo, tendo em vista a queda do regime monárquico e a Promulgação da Constituição Republicana, de modo que a competência para legislar sobre direito processual civil passou a ser dos Estados.

Até que, em 1939, adveio o Código de Processo Civil, que embora inspirado nas doutrinas européias modernas, conservou muitas características do direito português.

Dizia-se, com razão, que dois espíritos coabitavam o Código, formando uma parte geral impregnada de ideias novas, enquanto as que tratavam dos procedimentos especiais, dos recursos e das execuções se ressentiam de um execrável ranço medieval. (JÚNIOR, 2009, p.12)

⁴ Este tópico foi extraído do nosso trabalho científico “Breves Considerações Sobre o Resgate da Tutela Interditada Como Medida de Efetivação do Direito Extrapatrimonial” publicado pela revista Intertemas das Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP – em 2011 que sofreu algumas adaptações e acréscimos para compor o presente trabalho.

O grande avanço ocorreu com a promulgação, em 1973, do atual Código de Processo Civil, porque houve uma atualização no direito processual civil como um todo, resultando num novo código, e não numa simples reforma.

Estruturado em livros, organizou-se em processos de conhecimento, execução, cautelares, procedimentos especiais e disposições gerais e transitórias. Revelou-se um progresso para o direito.

Entretanto, não foi o suficiente para satisfazer a paz social, pois o sistema hoje esbarra no fator tempo. Por isso, Código de Processo Civil sofreu inúmeras reformas, tendo como objetivo a efetivação da tutela jurisdicional.

Conforme exposto, a preocupação com a adoção de procedimentos breves não é exclusivo do Estado brasileiro. E como não poderia ser diferente, na legislação brasileira é possível encontrar procedimentos com características peculiares da tutela interdital romana, que vem a cada reforma ganhando mais espaço e aplicabilidade.

A princípio, essas características concentravam-se apenas nos procedimentos especiais, previstos no Livro IV do Código de Processo Civil, nos artigos 890 à 1210, nos quais se verifica a desnecessidade de uma instrução exaustiva, ante a exigência de que o pedido inicial esteja devidamente instruído com provas suficientes do direito tutelável. Destes, elencaremos alguns, apenas a título de exemplificação:

Nas ações de manutenção e reintegração de posse, por exemplo, o juiz **deferirá sem ouvir o réu** (grifo nosso) a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse quando a petição inicial estiver devidamente instruída, artigo 928 do Código de Processo Civil⁵.

Na nunciação de obra nova o Código prevê a possibilidade de embargo extrajudicial, no caso de urgência, tendo o autor o prazo de três dias para ratificar os embargos em juízo, artigo 935 e parágrafo único⁶.

⁵ Artigo 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer em audiência que for designada.

⁶ Artigo 935. Ao prejudicado também é lícito se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor para não continuar a obra. Parágrafo único. Dentro de 3 (três) dias requererá o anunciante a ratificação em juízo, sob pena de cessar o efeito dos embargos.

No caso de testamento, ainda, quando não houver vício, o juiz o mandará registrar, arquivar e cumprir, conforme dispõe o artigo 1126 do Código de Processo Civil⁷.

É também, possível verificar características da tutela interdital nas ações cautelares⁸. Embora uma de suas características seja a provisoriedade, a ação cautelar resulta numa ordem em que determina, por exemplo a busca e apreensão de uma pessoa ou coisa, (artigo 839 do Código de Processo Civil) o arresto ou sequestro de bens do devedor para garantir futura ação de execução, (artigos 813 à 825 do Código de Processo Civil).

A Lei autoriza ainda, que o juiz determine medidas cautelares sem que haja audiência das partes. E mais. Ressalta que o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte poderá causar ao direito da outra lesão de grave ou difícil reparação, conforme artigos 797 e 798 do Código de Processo Civil.

Desta feita, é possível verificar que, no direito processual civil brasileiro, a tutela interdital é lembrada nos procedimentos especiais e cautelares, que foram esquecidos devido a pouca utilidade, já que a maioria das demandas se concentram no procedimento ordinário, por sua vez desvencilhado da características das tutelas interditalis.

Por isso, embora sob um sistema único, é possível dizer que a diferença entre os ritos comum e especial, revela a clássica distinção entre *actios* e *interdictium*.

Nada obstante, os operadores do direito perceberam a necessidade de dar mais efetividade ao processo e, com isso, buscaram nos procedimentos especiais a solução para a demora processual.

Assim sendo, inúmeras leis foram criadas a fim de estabelecer o procedimento de algumas ações, como o Mandado de Segurança, Ação de Despejo, Ação de Alimentos, até que se iniciou a reforma no Código de Processo Civil. Portanto, a preocupação com a efetivação da tutela jurisdicional, ou seja, com a

⁷ Artigo 1126. Conclusos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento, se lhe não achar vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade.

⁸ As ações cautelares serão estudadas com mais profundidade no próximo capítulo, onde reservamos um tópico para elas.

tempestividade da adequada prestação da justiça, fez com que houvesse no nosso ordenamento jurídico uma especialização do rito comum, podendo se verificar tal assertiva no artigo 273 do Código de Processo Civil⁹, por exemplo.

Não é o suficiente, entretanto, para solucionar este problema, que por séculos estamos enfrentando. Na opinião de Galeno Lacerda (1972, p. 62), a prestação da justiça pelo Estado é ineficaz por causa do despreparo do Judiciário na concessão ou não de liminares, e da ineficiência do Legislativo que deixa de criar remédios processuais para proteção de direitos individuais. E termina o texto com a seguinte pergunta: “Porque, por exemplo, não estender-se o procedimento monitório (lato sensu) do mandado de segurança contra o ato ilegal do particular?” A resposta a esta pergunta nos foi deixado pelo próprio Galeno Lacerda: “Tínhamos a contemplar o ensinamento amplo dos interditos romanos do direito clássico...”

Somente após quase quatro décadas dos escritos de Lacerda, é que tramita no Congresso Nacional o projeto do Novo Código de Processo Civil, o qual traz em seu bojo, dentre outras mudanças, a solução para os conflitos individuais, levantada por Galeno Lacerda com a denominada Tutela de Evidência, para qual despenderemos maior atenção a seguir.

⁹ Artigo 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2o Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

3 TUTELAS DIFERENCIADAS

Ao tomar para si a responsabilidade da jurisdição, proibindo a autotutela, o Estado se comprometeu a solucionar os conflitos de maneira adequada e efetiva. E é por meio do instrumento chamado processo, que o Estado presta a tutela jurisdicional.

Portanto, o processo deve servir ao direito material para que este possa ter vida¹⁰. Marinoni (1994, p. 13) destaca que direito material e processual não se confundem. Para ele, o direito processual, é o meio civilizado pelo qual permite a realização do direito material. Completa, ainda, dizendo que todo cidadão tem direito a uma tutela jurisdicional adequada, por isso é preciso uma estruturação de procedimentos capazes de fornecer esta tutela jurisdicional adequada no plano do direito material.

Chiovenda (2009, p. 74) reforça ensinando que:

Toda ordenação jurídica deve apresentar certa correspondência e certa coordenação entre a lei substancial e a lei processual, no sentido de que toda a vontade concreta de lei, cuja formação segundo uma lei substancial seja possível, deve encontrar na lei processual meios idôneos de atuação.

Justifica-se, portanto, a existência das tutelas diferenciadas, já que o procedimento comum não se revela adequado para solucionar todos os conflitos que envolvem os direitos materiais, ou seja, nos dizeres de Marinoni (1994, p. 1), “é insuficiente a ideia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença”, pois o processo deve ser visto e tratado como instrumento do direito material.

Donaldo Armelin¹¹ apud Caraciola (s/d, p. 9) completa:

¹⁰ Vale destacar a nota trazida por Marinoni (1994, p.1), no qual transcreve os dizeres de Andrea Proto Pisani, quando este declara a importância do direito processual na efetivação do direito material: “senza diritto processuale il diritto sostanziale non può esistire in un ordinamento caratterizzato dal divieto di autotutela privata (quanto meno non può esistire come fenomeno giuridico, in quanto la sua attuazione anziché essere garantita dallo Stato è rimessa ai meri rapporti de forza: com la conseguenza che il detentore o i detentori del potere di fatto divengono i detentori del potere legale independentemente da quanto dispongono el norme sostanziali)” (“Breve premessa a um curso sulla giustizia civile”, in: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari Cacucci, 1982, p. 10).

¹¹ Donaldo Armelin foi um dos primeiros estudiosos a abordar o tema: tutela diferenciada, no Brasil.

[...] a temática de uma tutela jurisdicional diferenciada posta em evidência notadamente e em virtude da atualidade do questionamento a respeito da efetividade do processo, prende-se talvez mais remotamente à própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela. Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há por que se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tónus de efetividade.

Com isso, conclui-se que o processo é uma ferramenta de efetivação do direito material e não o contrário. Kazuo Watanabe (1999, p. 20/21) explica que devemos estudar melhor os institutos processuais, seja para readaptá-los, reformulá-los ou ainda para criar novos institutos, o importante é preocupar-se em fazer com que o processo não seja alheio à realidade “sócio-jurídica” a que se destina, “cumprindo sua primordial vocação que é de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”.

Como bem dizia Chiovenda (2009, p. 87):

A vontade da lei tende a realizar-se no domínio dos fatos até as extremas conseqüências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.

Assim, é função do processo dar ao indivíduo que busca a tutela jurisdicional todo o direito que a lei o atribui.

É claro que não temos a ingenuidade de conferir ao processo toda responsabilidade pela morosidade e conseqüente inefetividade do direito. Dentre os inúmeros fatores que cooperam para o descrédito do judiciário perante a sociedade, pode-se destacar a falta de estrutura humana, ou seja, há muitos processos em andamento que estão sob cuidados de poucos funcionários públicos. No Estado de São Paulo, por exemplo, informa Antônio Claudio da Costa Machado (PORTELA, 2011, p. 20) que no ano de 2000 havia 9 milhões de processos e 54000 (cinquenta e quatro mil) funcionários na Justiça. Hoje, são 19,5 milhões de processos e apenas 45000 (quarenta e cinco mil) funcionários.

Porém, a releitura do processo¹², bem como a preocupação com o resultado da jurisdição e não com a simples distribuição de sentenças é extremamente importante, já que para a efetividade do processo, que não significa somente fator tempo, mas também qualidade, adequação da prestação da jurisdição, nos dizeres de Marinoni (1994, p.12) “é imprescindível o correto manejo das técnicas de construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas”.

Diante de tudo que foi exposto, pode-se concluir que é necessário estudarmos a teoria da cognição, que, em suma, é o exercício intelectual realizado pelo juiz na atividade jurisdicional, para entendermos a dinâmica do processo como instrumento de efetivação do direito material e a necessidade da existência de vários institutos processuais para a concretização do direito¹³.

3.1 Teoria da Cognição

A Constituição Federal, no seu artigo 93, inciso IX, garante a todos que buscam o Poder Judiciário o direito a uma decisão fundamentada: “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões (...)”. E como não poderia ser diferente, o direito a uma decisão motivada é tratado também pelo Código de Processo Civil, como um dever do juiz, no artigo 131, e como requisito essencial da sentença, artigo 458, inciso II¹⁴.

¹² Sobre direito fundamental à tutela específica e a releitura processual recomenda-se a leitura do brilhante trabalho monográfico do Professor Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues, intitulado de: O Processo Civil Contemporâneo e os Pressupostos Processuais: Uma Releitura Constitucional, publicado na Revista Intertemas das Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – em 2011.

¹³ Kazuo Watanabe (1999, p. 47) escreve que a importância da cognição resulta preponderantemente da “própria natureza da atividade do juiz, que para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório; tudo isso se põe no plano da técnica de utilização da cognição) para depois adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte. E decorre também da intensa utilização que o legislador dela faz para conceber procedimentos diferenciados para a melhor e efetiva tutela de direitos.”

¹⁴ Artigo 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que informaram o convencimento.

Artigo 458. São requisitos essenciais da Sentença:

...
II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

Ocorre que a motivação, ou fundamento, judicial decorre do exercício de cognição realizado pelo juiz na solução da demanda que lhe é apresentado. Watanabe (1999, p. 58) define a cognição como sendo o ato de inteligência, no qual consiste em ponderar as alegações e provas produzidas pelas partes, ou seja, as questões de fato e de direito deduzidas no processo, e cujo o resultado é o fundamento do *judicium*.

Além de um exercício de inteligência realizado pelo juiz, a cognição constitui também uma operação lógica, conforme ressalta Chiovenda (2009, p. 230):

Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar, existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita.

Cândido Rangel Dinamarco apud Watanabe (1999, p. 71) diz, em síntese, que a cognição do juiz tem por objeto um trinômio de questões, quais sejam: pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Porém, Watanabe (1999, p. 72/74) adverte que, embora grande parte dos processualista adotam a teoria do trinômio não há uniformidade de entendimento quanto ao conceito e abrangência de cada um dos termos, e cita como exemplo, que para alguns juristas, como Calmon de Passos, Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, as condições da ação não seria uma categoria autônoma, estando esta inserida nas questões de mérito.

Contudo, há apenas uma certeza, qual seja, que a cognição é exercida com base no direito e nos fatos, conforme preleciona Liebman apud Watanabe (1999, p. 74) “deve o juiz escolher e individualizar as normas aplicáveis ao caso, interpretá-las corretamente e, por fim, fazer a sua precisa aplicação concreta”.

A atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz pode ser limitada no plano horizontal, referente à extensão, assim como pode ser limitada no plano vertical, referente à profundidade.

Os limites do plano horizontal são as questões que envolvem o trinômio: elementos processuais, condições da ação e mérito¹⁵. Nesse plano, a cognição pode ser plena ou parcial/limitada. Isto porque consiste no que pode ou não ser alegado num determinado procedimento. Assim, se não puder ser alegado toda e qualquer matéria no processo, o grau de cognição é parcial. Mas, se puder discutir toda e qualquer matéria, o grau de cognição é pleno.

Normalmente, no rito comum, ordinário e sumário, a cognição é plena, havendo cognição parcial nos procedimentos especiais, como por exemplo, nas ações possessórias, já que nelas é proibido discutir a propriedade do bem, artigo 923 do Código de Processo Civil¹⁶, também podemos citar como exemplo o artigo 475-L do mesmo texto legal, no qual a matéria a ser discutida na impugnação ao cumprimento de sentença fica limitada ao estabelecido pelos incisos¹⁷.

Estes exemplos são de limites fixados pelo Poder Legislativo, ou seja, a matéria a ser discutida vem fixada pela própria lei. Porém, é possível identificar que as partes também fixam limites das matérias que serão discutidas, por meio do direito controvertido, conforme artigo 128 do Código de Processo Civil. Refere-se a chamada teoria da substanciação, adotada pelo sistema processual civil brasileiro¹⁸.

¹⁵ Cumprе ressaltar que, conforme já mencionado, a maioria dos processualistas adota a teoria do trinômio, portanto significa que há divergências na doutrina quanto a sua aplicação, e mais, não há uniformidade quanto aos componentes da cognição (elementos processuais, condições da ação e mérito).

¹⁶ Artigo 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.

¹⁷ Artigo 475-L. Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

§ 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

¹⁸ Interessante a explanação sobre a teoria da substanciação trazida pelo Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) no Recurso Especial nº 795.348, julgado em 18.05.2010, cujo Relator era o Ministro João Otávio de Noronha, a qual transcrevemos um trecho que compõe a íntegra da decisão: “Contudo, na peculiaridade destes autos, verifico que a vexata quaestio que dele ressoa, cinge-se em saber se os fundamentos fáticos nos quais repousou o acórdão recorrido para subsidiar a condenação imposta, integram ou não a causa de pedir versada pela autora na petição inicial. Destarte, discorrendo sobre a suscitada “Teoria da Substanciação” em relação ao pedido e a causa de pedir, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

Quanto ao plano vertical, a cognição pode ser exauriente, ou completa, e sumária, ou incompleta. Esse plano incide sobre a análise da prova. Se a análise for sumária, embasará liminares, tutelas de urgência (cautelares e antecipatórias), por isso, referidas tutelas são fundadas em probabilidade e com isso, provisórias, revogáveis, sendo veiculadas por decisões interlocutórias. Muitas vezes prescinde do próprio contraditório.

Já a exauriente, liga-se ao esgotamento da análise probatória, ou seja, está ligada a ideia de sentença, portanto são aptas a se tornar definitiva.

Nos dizeres de Marinoni (1994, p.21):

[...] a sentença de cognição exauriente limita-se a declarar a verdade de um enunciado, ou seja, que a afirmação de que o direito existe é, de acordo com as provas produzidas e o juízo de compreensão do juiz, verdadeira; em outras palavras, o direito que o processo afirma existir pode, no plano substancial, não existir e vice versa. Não se prova que o direito existe, mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, declarando-se a existência do direito (coisa julgada material).

assevera que: "vige no sistema processual brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128) mas os fundamentos jurídicos não. Tratando-se de elemento puramente jurídico e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao Juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (narra mihi factum dabo tibi ius)". (in Instituições de Direito Processual Civil - p. 132, editora Malheiros - 6ª edição - 2009). Extrai-se, portanto, de tais ensinamentos que não obstante a liberdade conferida ao magistrado para qualificar juridicamente como bem lhe aprouver a pretensão narrada pelo autor, deve fazê-lo nos limites expressos do pedido e da causa de pedir sustentada na petição inicial, ante ao "princípio dispositivo", também reinante no Processo Civil Brasileiro. Aliás, discorrendo sobre a matéria, CELSO AGRÍCOLA BARBI, em seus "Comentários do Código de Processo Civil, assevera que: "(...) A lide, mesmo no sentido sociológico com que a configura Carnelutti, apresenta-se, no processo em limites fixados pela parte. Isto é, mesmo que a lide como entidade sociológica, fora do processo, tenha determinada extensão, ela pode ser apresentar apenas parcialmente no processo. E é nesses limites em que ela foi trazida ao juiz que este deve exercer a sua atividade. Em outras palavras, o conflito de interesses que surgir entre duas pessoas será decidido pelo juiz não totalmente, mas apenas nos limites em que elas o levarem ao processo. Usando a fórmula antiga, significa que o juiz não deve julgar além do pedido das partes: ne eat iudex ultra petita partium. Nesses casos, a convicção do juiz é necessária, para evitar que sua atividade se transmude em de criador de direitos subjetivos, deixando de atuar a lei. A vedação ao juiz, no que se refere ao autor, não se restringe, porém, ao pedido, mas também à causa de pedir. O julgador deve decidir a pretensão do autor com base nos fatos jurídicos por ele alegados, não podendo admitir outros como fundamento da procedência da ação. (in Comentários ao Código de Processo Civil - 13ª edição: 2008. p. 403). Nesse mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JUNIOR preleciona que: "(...) em face dos art. 128 e 460, o limite da sentença válida é o pedido, de sorte que é nula a sentença extra petita ou citra petita. A sentença extra petita incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da que foi postulada como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação" (in Curso de Direito Processual Civil - Vol. 01 - p. 510 - 2009)". (STJ, Resp. 795.348, 2005/0186574-5 – publicado em 26/08/2010).

Assim, conforme ensina Watanabe (1999, p. 113), com a combinação das cognições, vertical e horizontal, é possível obter procedimentos ou fases de procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.

Cognição plena e exauriente é aquela que é plena quanto a extensão dos debates das partes e profunda quanto à análise das provas. É a que propicia maior segurança quanto ao juízo de certeza do direito controvertido, e a esta é conferido a autoridade de coisa julgada. É a cognição própria dos procedimentos comum, ordinário, sumário e sumaríssimo. Nas palavras Victor Fairen Guillén apud Watanabe (1999, p. 114), esta combinação cognitiva é própria do procedimento ordinário “Ei juicio ordinário, se basa y ha basado siempre em el litígio entre las partes de maneira judicial, de tal modo que no sea posible um nuevo proceso sobre el punto resuelto”.

Também pode haver a cognição parcial e exauriente, ou seja, limitação quanto à amplitude do debate das partes, mas sem limites quanto à profundidade, e análise das provas. Pode ser encontrado nos procedimentos especiais, um exemplo que já foi citado no presente trabalho é a impugnação ao cumprimento de sentença, previsto no artigo 475-L do Código de Processo Civil. Porém, podemos nos valer de alguns que foram lembrados por Watanabe (1999, p. 116): processo de embargos de terceiro, o disposto no artigo 1054 do Código de Processo Civil, processo de busca e apreensão da lei de alienação fiduciária, artigo 3º, §2º do Decreto Lei 911/69.

Watanabe (1999, p. 114) ainda discorre sobre a possibilidade de haver uma cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, que significa dizer que não há limitação quanto a matéria a ser debatida ou discutida, mas condiciona o aprofundamento da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, para proporcionar um procedimento mais célere, pois suprime a fase instrutória e o procedimento de questões prejudiciais, são resolvidas com eficácia preclusiva, servindo também, para evitar a formação de coisa julgada material. Um exemplo é o processo de mandado de segurança. Embora seja necessário a existência de provas do ilícito cometido pela autoridade coatora quanto à violação do direito líquido e certo do impetrante, segundo a súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, a decisão

denegatória não faz coisa julgada contra o impetrante, de modo que não impede que esta faça uso de ação própria.

Há, ainda, a cognição eventual, ou seja, pode ser plena ou limitada, e exauriente. Neste caso, o demandado é quem determinará, por meio do contraditório, se a cognição será plena ou limitada. Watanabe (1999, p. 120) traz como exemplo o processo de prestação de contas em que o demandado apresentando as contas que lhe é exigida por meio da ação, reconhece o direito do autor de exigí-las. Por outro lado, havendo contestação, a cognição será plena e exauriente; o mesmo se dá com a ação monitória quando o demandado efetua o pagamento ao receber a citação.

Aqui a cognição está relacionada ao reconhecimento do direito do autor dada pelo demandado. Assim, havendo reconhecimento do direito, não ocorrerá necessidade de instrução, conforme preceitua do artigo 273, §6º e artigo 334, inciso II, todos do Código de Processo Civil.

Por fim, esclarece Watanabe (1999, p. 115) que há a cognição sumária, fundada na urgência e no perigo de um dano irreparável ou de difícil reparação, para a antecipação de tutela, nos casos previstos em lei, ou ainda quando a lei material autorizar esta cognição para a concessão da tutela reclamada, aqui a cognição é parcial e sumária.

Feitas estas considerações acerca da teoria da cognição, pode-se estudar a tutela de evidência e as tutelas de urgência.

3.2 Tutela de Evidência

A tutela de evidência parte da incontroversa, e não da urgência. No Anteprojeto do Código de Processo Civil, aludida tutela está expressa no artigo 285¹⁹. Já no atual Código de Processo, é possível identificarmos em artigos

¹⁹ Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:
I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;
II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

esparços, que foram inseridos por meio de reformas que o Código sofreu desde sua promulgação, podendo ser citados os artigos 330, inciso I; 273, inciso II e §6º.

Fux (1996, p. 305) define a tutela de evidência como sendo o meio processual adequado para solucionar pretensões em que o direito da parte revela-se evidente, “tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente”.

A análise da evidência ou não do direito da parte, dar-se-á no plano fático, esclarece Fux (1996, p.311), por meio do sujeito de direito que o postula e das provas dos fatos sobre os quais incide que os revela incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.

Assim, direito evidente é:

O direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o direito assentado em fatos incontrovertidos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em “manifesta ilegalidade”, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada sob contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo, máxime quando de influência absoluta a decisão os fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da ocorrência da decadência ou prescrição. (FUX, 1996, p. 313)

É por tudo o que foi exposto que se diz que a tutela de evidência não é tutela de urgência, já que se fundamenta na probabilidade de que o direito pleiteado é certo, e não no *fumus boni juris*. Até porque, conforme afirmou Watanabe apud Marinoni (1994, p. 38), “o direito afirmado, como é cediço, não é a mesma coisa que direito existente”.

Logo, não seria adequado aplicar aos direitos evidentes o procedimento ordinário, cuja cognição é exauriente e plena, tendo em vista que o

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

tempo pode causar perecimento do direito. Também não seria adequado aplicar os procedimentos das tutelas de urgência, pois, embora sejam efetivas, a cognição da tutela de evidência é exauriente²⁰ e não sumária como naquelas. Assim, o direito evidente é revestido da autoridade de coisa julgada.

Com isso, explica-se a necessidade da criação de tutelas diferenciadas, sendo louvável a previsão da tutela de evidência para as demandas aqui tratadas, pois o atual Código as tem solucionado com a antecipação de tutela cumulada com a medida liminar. Aliás, os dispositivos legais que prevêm os direitos evidentes estão alocados no artigo 273 do Código de Processo Civil que disciplina a tutela antecipada. Desta feita, o Anteprojeto vem para reorganizar o atual Código quanto a este ponto.

Para melhor observarmos a diferença entre a tutela de evidência e as tutelas de urgência, passamos, a seguir, a analisar as características das tutelas de urgência para compararmos com as de evidência já estudadas.

3.3 Tutelas de Urgência

Prevista no Anteprojeto do Código de Processo Civil nos artigos 283 e 284, e no atual Código nos artigos 273 e 796 à 889, as medidas de urgência têm como fundamento o perigo de um dano.

Caracterizam-se não pela sumariedade da cognição, circunstância também presente em tutelas não cautelares, mas pelo *periculum in mora*. Analisa-se a situação substancial e verifica-se a necessidade de proteção imediata, em sede cautelar, ante a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário para entrega da tutela final. (BEDAQUE, 1998, p. 149)

Por isso, as tutelas de urgência são preventivas, pois asseguram a efetividade da tutela jurisdicional quando ameaçada pela demora do processo,

²⁰ Vale transcrever os dizeres de Fux (1996, p. 309) “[...] a evidência do direito exclui a cognição sumária, porque é próprio objeto litigioso que se oferece completo ao juízo. A margem de erro é aquela que se verifica em todo provimento mesmo de cognição dita exauriente e como consecutório da humanidade do julgador”.

evitando-se, assim, dano irreparável ou de difícil reparação à parte detentora de um direito provável.

E tais tutelas são dotadas de algumas características das quais podemos citar algumas:

A primeira é a provisoriedade, ou seja, a duração da tutela de urgência é limitada no tempo, e por ser provisória não produz coisa julgada. Nos dizeres de Calamandrei (2000, p. 27):

A provisoriedade dos procedimentos cautelares seria, portanto, um aspecto e uma consequência de uma relação que transcorre entre os efeitos do procedimento antecedente (cautelar) e aqueles do procedimento subsequente (definitivo), que assinalaria o início da cessação dos efeitos do primeiro.

Desta feita, as decisões sobre as tutelas de urgência podem ser revogadas pelo próprio julgador, ou ainda, cassada por um órgão hierarquicamente superior.

Também têm como característica a sumariedade da cognição, tendo em vista que a tutela é de urgência, portanto não há tempo para a cognição exauriente e plena, desenvolvida pelo juiz nos procedimentos comuns. Silva (2002, p. 348) discorre que:

A cognição judicial ampla e exauriente da causa, no momento em que o juiz é convocado para decidir a demanda cautelar, seria também supérflua e inútil, incompatível com a urgência que constitui o primeiro requisito para a tutela de segurança, invariavelmente outorgada para conjurar uma situação de perigo iminente.

Assim, ao conceder ou não uma tutela de urgência o juiz realiza um juízo de probabilidade e não de certeza, *fumus boni juri*, pois analisa a aparência do direito.

Apresentam como característica também a fungibilidade, artigo 273, §7º do Código de Processo civil, que nada mais é do que uma técnica processual que permite ao juiz conceder medida diversa daquela pleiteada pela parte, ou seja, é permitida a substituição entre as medidas de urgência, tutela cautelar e antecipada.

E mais, as decisões proferidas em sede de tutela de urgência têm caráter mandamental, ou seja, são ordens que devem ser cumpridas²¹. Silva (2002, p. 350) acrescenta que a sentença cautelar é semelhante aos antigos *interditos romanos*, em detrimento da *notio*, porque por meio dela o juiz mais ordena do que julga.

E por fim, a instrumentalidade. As tutelas de urgência servem para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, por isso possui a característica de instrumentalidade. Ainda que seja antecipação de tutela, é possível vislumbrar o caráter instrumental da tutela, tendo em vista que, antecipando-a objetivando assegurar a utilidade e efetividade jurisdicional, conforme leciona Bedaque (1998, p. 150).

Integram às tutelas de urgência as cautelares e as antecipatórias.

3.3.1 Tutela cautelar

A tutela cautelar tem por função precípua a preservação de bens, assim garantindo a atividade executiva, e a preservação de provas que garantirá a atividade cognitiva do juiz. Bueno (2011, p. 192) classifica os processos cautelares de acordo com os efeitos que ela produz em constrictivas e conservativas.

A “tutela cautelar constrictiva” é aquela cujos efeitos afetam direta ou indiretamente o patrimônio jurídico alheio, assim compreendidos os direitos e interesses da parte contrária ou de terceiros, colocando-os em situação diversa daquela que se encontravam antes da concessão da medida e de seu cumprimento. A maior parte das “tutelas cautelares” pertencem a esta classe.

²¹ Artigo 14, do Código de Processo Civil. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Por sua vez, a “tutela cautelar conservativa”, nessa perspectiva, não tem o condão de gerar quaisquer efeitos desfavoráveis à parte contrária ou a terceiros, não interferindo na situação jurídica até então ostentada. É o que se dá por exemplo, com a “produção antecipada de provas” e com a “justificação”.

A ação cautelar pode ser preparatória ou incidental. É preparatória aquela ajuizada antes da ação principal, e portanto a petição inicial deve fazer referência a ação principal, artigo 801, inciso III e parágrafo único do Código de Processo Civil. E produzirá efeitos desde que ajuizada a ação principal no prazo de 30 dias, conforme determina o artigo 806 do Código de Processo Civil.

Ainda quanto à duração dos efeitos da tutela cautelar, vale lembrar que o artigo 807 do Código de Processo Civil prevê que a qualquer tempo pode ser revogada ou modificada.

É possível a concessão de liminar em ação cautelar. E mais, a sentença da cautelar desafia apelação sem efeito suspensivo, artigo 520, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Por fim, cumpre esclarecer que o atual Código de Processo Civil adota um sistema misto, pois prevê algumas cautelares que são as cautelares nominadas, mas também reconhece ao juiz o poder geral de cautela permitindo-lhe toda medida necessária e adequada para a segurança da efetivação da jurisdição, ou seja, o juiz tem o poder de determinar medidas cautelares inominadas.

Ainda, cumpre esclarecer que as cautelares nominadas, ou específicas, para alguns doutrinadores, trazem peculiaridades relevantes nos procedimentos devendo as partes observá-las (BUENO, 2011, p. 220).

3.3.2 Tutela antecipada

Tem função satisfativa, pois está relacionada à aceleração dos resultados do processo. Em última análise, é uma aceleração da execução.

Bedaque (1998, p. 277) afirma que “a antecipação dos efeitos da sentença, prevista no art.273 do Código de Processo Civil, nada mais é do que

medida de urgência construída segundo técnica cautelar, destinada a conferir eficácia ao provimento final”. Argumenta, ainda, que embora antecipe os efeitos da sentença, não deixa de ser tutela de urgência, pois o juiz ao analisar o caso concreto pode concedê-la pela urgência, pela evidência ou pelos dois motivos, e que antecipa os efeitos da tutela justamente para assegurar a efetividade da jurisdição, pois o transcorrer do tempo pode causar prejuízo ao direito da parte.

Tendo em vista que a tutela em questão antecipa os efeitos da sentença, para sua concessão é preciso, então, que haja um pressuposto que garanta mais segurança ao magistrado, qual seja, prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança. Significa dizer que as provas trazidas aos autos devem ser suficientes para convencer o juiz dos fatos alegados, sem prejuízo de futura fase instrutória. Esse é um procedimento da tutela antecipada que difere da cautelar.

Bueno (2011, p. 38/39) explica que teoricamente é possível graduar o convencimento do magistrado quando diante de tutelas sumárias sendo o *fumus boni iuris* o grau menos intenso de convencimento do que a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, que por sua vez é menos intensa do que o “fundamento relevante” da liminar do mandado de segurança.

Porém, ressalta que referida graduação é possível ser estabelecida na teoria porque na prática “não há como medir o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado”. E continua:

Assim, é preferível entender que o magistrado deve-se convencer suficientemente de que o requerente tem algum direito já demonstrado (nem que seja nele retoricamente), para deferir a providência jurisdicional que lhe é pedida, à guisa de “tutela cautelar”, “tutela antecipada” ou “liminar em mandado de segurança”, de acordo com as regras procedimentais de cada caso. (BUENO, 2011, p.39)

A urgência vem caracterizada na tutela antecipada do artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil. Tal dispositivo prevê a possibilidade de antecipação da tutela quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Mais uma vez nos valem das palavras de Cássio Scarpinella Bueno:

Esse “perigo na demora da prestação jurisdicional” deve ser entendido no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser prestada (e, para os fins presentes, antecipada) como forma de evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor. Trata-se inequivocadamente, de uma situação em que a tutela jurisdicional é antecipada como forma de debelar a urgência, sendo insuficiente a prática de atos que busquem meramente assegurar o resultado útil do processo, isto é, a futura prestação da tutela jurisdicional. É essa razão pela qual a figura do inciso I do artigo 273 pode muito bem ser chamada – como de resto, é por vezes identificada – como “tutela antecipada de urgência”.

Já o inciso II do artigo 273, do Código de Processo Civil não tem característica de urgência, mas sim, punitiva, nas palavras de Bedaque (1998, p. 171):

[...] para evitar o perigo causado pela simples demora do processo, que faz perdurar a situação de insatisfação do direito por um período excessivo, muitas vezes sem justificativa plausível, o sistema processual concebe a cautelares antecipatórias, medidas incidentes sobre o próprio direito deduzido em juízo, satisfazendo-o provisoriamente até a emissão destinada a protegê-lo de forma definitiva.

Por fim, cumpre mencionar que não haverá concessão da antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, conforme dispõe o artigo 273, §2º do Código de Processo Civil²². E mais, é possível cumular a antecipação de tutela com pedido liminar e a apelação não terá efeito suspensivo, artigo 520, inciso VII do Código de Processo Civil.

Quanto ao procedimento, o pedido da tutela antecipada pode ser feito por meio de petição, com todos os pressupostos previstos nos artigo 273, incisos I e II, e §§ 2º e 6º, dependendo do caso concreto, endereçada ao juízo da causa.

Com isso, embora não tenhamos esgotado o assunto, haja vista que se trata de matéria com muitas divergências na doutrina²³, é possível identificar algumas diferenças entre as tutelas cautelares e antecipatórias, principalmente no que se refere ao procedimento. Porém, quanto à aplicação no caso concreto, essa

²² Destaca-se que esta regra tem sido muito relativizada pela jurisprudência.

²³ Dentre as quais o fato de que a tutela antecipada não ser espécie de tutela de urgência porque é satisfativa; também não abordamos a polêmica do poder-dever geral de antecipação que alguns doutrinadores admitem a existência tendo em vista o processo civil sobre a ótica constitucional de distribuir jurisdição adequada, enquanto outros não, sob o argumento de que afetaria a imparcialidade do juiz, enfim são muitas as discussões que envolvem as tutelas de urgência.

diferença se revela muito tênue, por isso o legislador possibilitou a aplicação da fungibilidade dessas tutelas.

Justamente porque a doutrina e a jurisprudência não conseguiram chegar a um denominador comum quanto ao critério ideal e unívoco para distinguir “tutela antecipada” e “tutela cautelar” é que o §7º do art. 273, introduzido pela Lei n. 10.444/2002, passou admitir verdadeira fungibilidade entre as duas providências jurisdicionais.

Esta é uma breve síntese do atual cenário da tutela de urgência no direito processual pátrio. Porém, o Anteprojeto do Código de Processo Civil traz algumas mudanças.

Primeiro, reafirma que a tutela antecipada fundada na urgência e a tutela cautelar são espécies do mesmo gênero, conforme expusemos, por isso disciplina o tema conjuntamente.

Entretanto, o projeto não propõe distinção entre a tutela cautelar e a antecipada, pois a característica principal desta é combater o perigo da demora da prestação jurisdicional, enquanto daquela é acautelar um dano irreparável ou de difícil reparação que pode atingir o direito à tutela. Assim, entende Marinoni (2010, p. 107) que ausência de distinção entre as tutelas não proporciona a abertura suficiente para a construção de tutelas contra o ilícito.

Isto porque, quando se fala em perigo na demora ou perigo de ineficácia do provimento final – expressões rigorosamente sinônimas - , quer-se evidenciar que, caso a tutela jurisdicional não seja concedida imediatamente, pode ocorrer, continuar ocorrendo ou novamente ocorrer um ilícito ou um dano. Note-se que estas expressões não aludem nem à categoria do ilícito nem à categoria do dano – e justamente nesta abertura é que reside a virtude de se prestarem a adequação às mais diversas situações carentes de tutela no plano de direito material. É gravíssima a sua omissão neste particular, dado que os novos direitos, característicos do Estado Constitucional, requerem de um modo geral tutela inibitória contra o ilícito, independentemente de qualquer espécie de dano. (MARINONI, 2010, p. 107)

Propõe a extinção da ação cautelar autônoma, mas dá ao juiz o poder de determinar, excepcionalmente, medidas de urgência (cautelar conservativa ou satisfativa), antes ou no curso da ação principal.

Também fica estabelecido o ônus de se determinar a medida de urgência sob pena de preservação de seus efeitos, e esta estabilização dos efeitos só cessará quando sobrevier decisão que a revogue. Ainda, propõe a adoção de um sistema atípico, ou seja, sem a previsão de cautelares nominadas.

Cumpra ainda ressaltar que, quanto à tutela de evidência, o Anteprojeto propõe a possibilidade de o juiz prestá-la antecipadamente. Entretanto, o presente trabalho tem a preocupação de revelar se no atual cenário processual civil brasileiro esta seria uma discricionariedade ou um ato vinculado do magistrado.

4 A LEI E O JUIZ NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

A experiência jurídica fez com que fossem inseridas no ordenamento processual medidas diferenciadas na prestação da jurisdição, já que os modelos tradicionais não atendiam com efetividade, tanto em relação ao tempo quanto à qualidade, as exigências da sociedade.

Silva (1997, p. 194) explica que há necessidade de o processo civil acompanhar a história da sociedade, suas evoluções, mudanças, uma vez que não cabe a este ramo do direito apenas prescrever regras hipotéticas, como no direito material, mas intervir diretamente nos conflitos sociais, impondo aqui e agora uma determinada regra de conduta.

Isto porque o processo é meio pelo qual a jurisdição é prestada, desta feita suas regras são aplicadas sob a luz das necessidades da sociedade. Conseqüentemente, conforme os anseios sociais são reclamados, ao juiz, agente estatal que exerce a atividade jurisdicional, é atribuído mais poderes ou menos, sendo este fenômeno flagrantemente visível quando observamos a própria história da sociedade.

4.1 Breves Considerações da Evolução Histórica

Em princípio a atividade jurisdicional estava vinculada ao detentor do poder político, que o justificava como sendo um desejo dos deuses. Podemos citar como exemplo, Hamurabi, que reservou para si o papel de juiz do seu reino, sob o fundamento de que assim era a vontade dos deuses.

Na Grécia, também temos outro exemplo, pois sabe-se que este título era atribuído àquele cidadão com poder de comando, civil ou militar. Não se tem notícia da existência de uma magistratura organizada com funções e prerrogativas definidas.

Já no Império Romano, a função jurisdicional era desvinculada do divino e a função judicial era atribuída a alguns funcionários, tais como: os iudex, cônsules, pretores, praefectus, governadores, questores, edis. Estes não exerciam apenas atividades judiciais, mas também executavam funções políticas, administrativas e militares, sendo que alguns eram eleitos e outros eram nomeados.

E conforme já fora dito, o procedimento se dividia em dois sistemas: *actio* e *interdictum*. Porém, nesse período destaca-se que o juiz atuava com maior liberdade no exercício da jurisdição. Sampaio (2008, p. 33) justifica que essa liberdade atribuída ao juiz decorre da ausência de um “arcabouço legislativo positivo”, razão pela qual os julgamentos pautavam-se em regras de natureza consuetudinárias.

Neste período, ressalta Sampaio (2008, p.33) que há uma preponderância da função jurisdicional sobre a legislativa, mas conforme o Estado foi evoluindo, passou a editar normas descritivas de determinados comportamentos, com caráter abstrato e oponibilidade *erga omnes*. Assim, a atividade jurisdicional passou a ser condicionada aos limites impostos pela atividade legislativa.

No absolutismo, período em que todo o poder era concentrado na mão de um monarca ou imperador se sobrepondo a qualquer poder, o juiz assumia o papel de “agente do rei” (Dallari apud Sampaio, 2008, p. 33), cabendo a ele obedecer os limites impostos pelo rei e em segundo lugar aos limites das leis.

Contudo, em resposta ao poder absoluto do rei, surgiu um movimento intelectual denominado Iluminismo, cujas ideias influenciaram a Revolução Francesa, de 1789. Este movimento defendia que a liberdade individual era base da sociedade política, principal fundamento na formação do Estado Liberal.

É neste contexto histórico que surge a teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Extremamente radical, Montesquieu eleva sobremaneira o poder Legislativo, atribuindo-lhe “a função de garantidor das liberdades políticas” (SAMPAIO, 2008, p. 34).

Para Montesquieu (2004, p. 58) o poder de julgar, somado ao de legislar, culminaria na arbitrariedade sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, pois o juiz exerceria atividade de legislador, e se somado ao executivo o juiz deteria a força de opressor. Assim, Montesquieu entendeu ser necessária a separação dos

poderes, mas, o juiz devia total obediência ao texto da lei, para garantir a segurança jurídica.

Mesquita (2002, p. 270) esclarece que:

Do ponto de vista do poder o juiz deveria personalizar um ser inanimado, não sendo mais do que a boca da lei. Era vedado ao juiz o ato de interpretar a lei, o que não lhe competiria fazer nem mesmo para mitigar suas asperezas. A tarefa de interpretar a lei não poderia ser desempenhada senão pelo Poder Legislativo e exclusivamente mediante outra lei, dita interpretativa.

Ou seja, o juiz devia total obediência à lei. Com isso, seu poder foi praticamente aniquilado, haja vista que lhe competia apenas repetir o que determinava a lei, sem qualquer possibilidade de interpretação para solucionar o conflito que era submetido à sua apreciação. Este era o sistema positivista.

Assim, em oposição ao Estado absoluto, a liberdade individual foi fator fundamental para o surgimento de um novo Estado, que troca o império do rei pelo império da lei, então, denominando-se Estado de Direito, mas com influências de ideias do liberalismo, ou seja, todos são iguais perante a lei.

Esses movimentos revolucionários influenciados pelas ideias liberais, dentre elas as Revoluções Francesa e Americana, trataram de escrever um texto rígido e formal no qual continham a separação dos poderes e as declarações dos direitos, chamado de Constituição. Ainda, determinaram que todas as leis fossem submetidas a ela, acreditando, portanto, que isso bastava para proteger os indivíduos contra arbítrio de quem governasse ou administrasse o Estado.

Mas logo perceberam que não raras vezes a lei feria a Constituição e, por conseqüência, agredia os direitos nela estampada que traduziam liberdades dos indivíduos. Daí, para garantir as liberdades individuais, foi necessário garantir a própria Constituição por meio do controle de constitucionalidade.

Porém, é certo que um sistema que buscava prever todas as relações jurídicas particulares estava fadado ao fracasso, pois conforme o Estado evoluía, as relações jurídicas e sociais ficavam cada vez mais complexas, impossibilitando a previsão legal de todas, logo resultando na falência do sistema defendido pelo liberalismo. A própria proteção da aplicação das garantias constitucionais contribuiu

para o fracasso da completa submissão ao império da lei, pois conforme dito, verificou-se que a própria lei era contrária à Constituição.

A partir do século XIX, com o movimento industrial junto às ideias socialistas, o liberalismo foi forçado a mudar. A busca pela igualdade real na sociedade propiciou a criação de um Estado Social, na qual em resposta à grande proteção do interesse privado, trazido pelo antigo Estado de Direito, buscou privilegiar o poder Executivo, e, então, o direito público absorveu o direito privado. Esta preponderância do direito público sobre o privado refletia tanto no poder Executivo quanto no Judiciário.

Isto atingiu diretamente a relação do juiz com a lei, que não mais ficou restrita aos seus rigores, conforme defendido pelos positivistas.

Neste contexto histórico, houve um aumento e valorização dos poderes do juiz, haja vista que o direito processual por regular atividade estatal, qual seja, a jurisdição, é de ordem pública.

Com isso, a atividade exercida pelo juiz passou a ter enorme importância política. Conforme relata Lenz apud Mesquita (2002, p. 273) há um profundo contraste entre a lei e o que seria o direito do Estado, sendo este o idealizado pelo povo e não aquele, por isso, defendia-se que a função do juiz não era o de apenas aplicar a lei, nem a ela ser subordinado. “O Direito, diz, não é a norma, é o princípio vital da sociedade”.

Com o discurso de que a obediência à lei resultaria apenas em injustiças, houve uma grande aclamação para a abolição desta, razão pela qual a jurisdição tomou grandes proporções política e o mundo experimentou Estados totalitários, como a Alemanha Socialista, a Itália Fascista e as Ditaduras Militares experimentadas por diversos países da América do Sul²⁴, que fundados no

²⁴ Sobre o assunto José Carlos Barbosa Moreira (2009, p. 309/311) assevera que a ampliação dos poderes aos juízes não é sinônimo de autoritarismo, acontece que tais governos ao fortalecer os juízes não visam o fortalecimento do Judiciário, mas do Poder Executivo. Porém, adverte que nem todas as leis criadas sob o regime autoritário são sinônimos de antidemocracia, no Brasil ele cita dois exemplos de Leis que foram criadas ou editadas durante os governos militares, onde são flagrantemente democráticas e em nada ferem as garantias dos cidadãos, são elas: nº 4.717 de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular e a nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública.

socialismo, exterminaram não só o Estado de Direito, mas o próprio Estado. O processo passou a ser instrumento do Estado e não do direito²⁵.

Então, observou-se que um juiz que atua rigidamente sobre as orientações da lei, bem como aquele que a exclui totalmente, não pratica jurisdição, não realiza justiça. Primeiro porque não consegue a lei prever todos os conflitos a ser solucionado, bem como é facilmente manipulada podendo a vir representar o interesse de uma determinada classe; o segundo porque anula o indivíduo da sociedade, prestigiando as políticas sociais do Estado, esquecendo-se que a sociedade é formada de indivíduos.

Daí surgiu a necessidade de pensar no processo como instrumento do direito subjetivo, para satisfazer efetivamente o direito do cidadão que foi violado, assim, surge o Estado Constitucional.

Neste, a Constituição ganha força normativa, e todos os poderes, Legislativos, Executivos e Judiciários, estão submetidos às suas normas, pois estas traduzem direitos fundamentais dos cidadãos.

Além de limitar o poder estatal, os direitos fundamentais atuam como critérios legitimadores desse poder, com assento na ideia de que o poder não pode ser considerado como fim em si mesmo, mas tem como fundamento a realização dos direitos do homem. (AMARAL, 2011, p. 53)

E, para garantir a aplicação dos direitos fundamentais, ao juiz foi dado o poder de interpretar a lei sob a condição da Constituição Federal. Essa interpretação atingira todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito processual.

Assim, ao juiz cabe analisar o caso em concreto para verificar qual o procedimento adequado a ser aplicado, Didier Junior (2001) observa que a “construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional”.

²⁵ Mesquita (2002, p. 278) diz que : “ O processo alicerçado em fundamentos políticos é sempre instrumento do Estado, sim, mas não do direito substancial”.

José Roberto Bedaque apud Sampaio (2008, p. 38) atribui ao juiz o poder de determinar, dentre as tutelas previstas na lei qual será a mais adequada ao caso analisado:

o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma. É claro que quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos.

Atualmente nos deparamos em maior freqüência com normas de cláusulas abertas, nas quais a indefinição dos conceitos legais exige cada vez mais da interpretação judicial. Porém, sem deixar de observar a lei.

Sampaio (2008, p. 39) conclui que os poderes do juiz, no modelo atual, foge dos radicalismos do legalismo, aquele em que os poderes eram rigorosamente descritos e limitados a lei; e do judicialismo, no qual o juiz assumia o papel de ditador conduzindo o processo de maneira inquisitiva e como bem entendesse. Atualmente, “o juiz, longe de ser um mero expectador, atua em busca da justiça com amplo poder de valoração e de integração da lei, mas limitados por parâmetros estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico”.

Bittencourte (2002, p. 10/11) consegue reunir em um parágrafo os poderes atribuídos ao juiz, bem como a justificativa para ampliação desses poderes:

A estrutura científica do processo, ampliando o campo de ação do juiz, a começar pela direção da prova e decisão assentada no livre convencimento, colocando a verdade real acima da formal; a política espontânea de aproveitamento total de valores, convocando também os magistrados para o magistério, para Imprensa e para os debates públicos; cotidiana de traumas e desajustes, à categoria de fonte informativa nas pesquisas sociológicas; a conveniência de ouvi-lo como se fosse própria consciência da lei, sentindo suas fraquezas no presente para robustecer-se no futuro; a compreensão dos juízes de que, por serem agentes do Estado, não estão à margem da coletividade, no ensejo de lhe sentir as angústias e de contribuírem para suprimir as opressões estranhas à Lei, ou contra a Lei, não permitindo que o verdadeiro espírito desta seja sacrificado pela malícia da invocação do texto, - tudo isso impõe novo plano para o magistrado na sociedade, dando-lhe não só o direito, como também o dever, de levar em conta a evolução dos tempos, com inevitáveis reflexos em sua missão.

Assim, cabe ao juiz, no exercício da sua atividade jurisdicional, buscar a verdade real, não se contentar com aquilo que lhe é apresentado, bem como dar à causa a solução que melhor se ajuste aos valores contidos na sociedade, expressos na forma de Constituição, no qual permite que seja dada à lei uma interpretação que revele o seu fundamento real.

Daí a importância de destacar no presente trabalho um desses poderes que passou a ter grande relevância no exercício da jurisdição, qual seja, a interpretação da lei.

4.2 A Lei Interpretada

Conforme pode-se verificar, a experiência mostrou que foi necessário criar um sistema em que a lei permite ao juiz um poder maior de interpretação, no qual lhe é ampliado o campo de possibilidades de exercer a jurisdição conforme cada caso apresentado.

Ihering (1963, p. 291) já dizia que o direito não é absoluto, devendo, para aplicá-lo, observar o seu fim:

O direito não exprime a verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim. E assim é que o direito não só pode mas deve mesmo ser infinitivamente variado. O medico não receita o mesmo medicamento a todos os doentes, mas adapta o remédio à doença.

Assim, tal exercício é realizado por meio da interpretação, que como já foi mencionado, deve ser feito à luz da Constituição Federal, tendo em vista que houve a constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, razão pela qual é a Constituição que garante a unicidade do ordenamento jurídico.

Savigny apud Callejón (1997, p. 35) considera que na interpretação o juiz assume um papel criativo, e mais, para ele a interpretação é um ato livre de inteligência:

[...] que assume el papel creativo del juez em la interpretación. la interpretación es um acto intelectual que supone um trabajo científico. [...]. Bien es verdad que la interpretación legal “tien por objeto o reconocimiento de la ley em su verdad”. Pero no obstante, el juez está obligado a “dar um sentido a la ley más oscura y a decidir conforme a esse sentido”. Em esse sentido, la interpretación “es um acto libre de la inteligencia”.

A interpretação nada mais é do que o exercício intelectual do magistrado, vez que o juiz não é um ser inanimado, conforme tentou torná-lo o positivismo²⁶. Porém, a lei limita essa liberdade, não ao ponto de exterminá-la, mas de nortear o magistrado.

Pois, interpretar significa, nas palavras de Vescovi (2005, p. 148), buscar o sentido da norma, perceber os significados que estão por trás de suas palavras “La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión; un conjunto de signos escritos frente los cuales debemos tratar de entender sú significación, lo que quiere decirse com ellos, cual és su sentido”.

Toda lei possui uma razão de existir, uma finalidade, por isso que interpretá-la significa extrair o seu sentido mais adequado, dentre os sentidos possíveis, a ser aplicado no caso concreto, visto que o direito não é absoluto.

Realmente interpretar uma norma não é simplesmente esclarecer seus termos de forma abstrata, mas, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real e capaz de conduzir a uma aplicação justa. Não compete ao intérprete apenas procurar, atrás das palavras, os conceitos possíveis, mas, entre os pensamentos possíveis, o mais apropriado, correto, jurídico. (MONTORO, 2011, p. 422)

Neste caso, a interpretação “não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto”. (ÁVILA, 2004, p. 23)

E esta construção intelectual, feita por meio da interpretação, que aplica o direito através da análise do fato, do valor e da norma, tem força normativa²⁷.

²⁶ Nas palavras de Ihering: “O legislador não pode suprir a intelligencia do juiz; por tal caminho apenas consegue adormentá-la” (1963, p. 265).

²⁷ Que nos dizeres de Ávila (2004, p. 22) “os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

Isto, nas palavras de Cambi (2009, p. 217), “possibilitou encontrar um meio termo entre a vinculação e flexibilidade, buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais”.

Assim, embora o Judiciário tenha o poder de “construir”²⁸ os significados da lei, este sofre limites nos fins, nos valores e nos bens essenciais à realização desses fins e valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Por isso, a atividade de interpretação revela-se uma atividade de reconstrução, no qual o “intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional” (ÁVILA, 2004, p. 26).

4.3 O Neoprocessualismo

Como não poderia ser diferente, referida ideia de alargar as opções judiciais, atingiu, também, o campo do processo civil²⁹, no qual o legislador oferece ao juiz um leque de instrumentos processuais para que ele possa construir um modelo adequado a situação concreta, isto se deu por meio das cláusulas abertas.

[...] o legislador está consciente, hoje, de que deve dar ao jurisdicionado e ao juiz maior poder para a utilização do processo. É por isso que institui normas processuais abertas (como a do art. 461 do CPC), ou seja, normas que oferecem um leque de instrumentos processuais, dando ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta. (Marinoni, 2008, p. 230)

A possibilidade dada ao juiz de analisar o caso em concreto e “escolher” o procedimento adequado, dentre as ferramentas que a lei lhe fornece, é para assegurar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, que se encontra protegido pela Constituição Federal.

²⁸ Expressão utilizada por Humberto Ávila no livro Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

²⁹ Somente a título de exemplo, pode-se citar os Artigos: 273, inciso II do Código de Processo Civil, no qual autoriza a antecipação da tutela quando houver abuso de direito de defesa; e 461 do mesmo texto legal, onde pode-se encontrar inúmeros instrumentos processuais para viabilizar a tutela específica.

Foi a constitucionalização dos direitos e garantias processuais que elevou o caráter público do processo, na medida em que este “deixou de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça”. Portanto, o processo está voltado à realização do bem comum (CAMBI, 2009, p. 223/224), compondo, assim, o rol dos direitos fundamentais a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

Desta feita, compreendendo que o processo serve ao direito material, e considerando a diversidade deste, razão pela qual é impossível ao legislador antever todas as suas necessidades, é que ao juiz é atribuído o poder-dever de encontrar o instrumento processual adequado à tutela daquele direito.

O princípio da adequação do procedimento à causa assume grande relevância, na medida que o legislador, atento às necessidades do direito material, permite uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva. O procedimento do mandado de segurança, permitindo apenas provas pré-constituídas, é um bom exemplo de como um procedimento diferenciado pode contribuir com a tutela célere dos direitos. (CAMBI, 2009, p. 225)

Contudo, o grande desafio de adequar o processo ao litígio encontra-se no fato de que o processo teve toda sua estrutura formulada sob um Direito Civil privado, de cunho predominantemente econômico.

E, com a normatização da Constituição Federal, conseqüentemente sua interferência no Direito Civil privado resultou num direito material com contornos publicísticos, e na tutela de bens jurídicos de caráter extrapatrimonial – como por exemplos, direitos da personalidade, direito do consumidor, direito a um meio ambiente saudável.

Daí a necessidade de criar tutelas diferenciadas, para atender o novo direito material, assim se revelando o neoprocessualismo³⁰.

Portanto, para concretizar a tutela jurisdicional passou a ser necessário que o juiz conjugasse os verbos conhecer e executar no processo. As tutelas

³⁰ Cambi (2009, p. 227) explica que “fatores como a circunstância do Código Civil ter deixado de ser o centro do ordenamento jurídico, o surgimento dos microsistemas (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código do Consumidor, Estatuto do Idoso etc), o fenômeno da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, a crescente adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento dos poderes do juiz explicam o surgimento do neoprocessualismo”.

ressarcitórias, na qual ao final se tem uma sentença condenatória com possibilidade de execução forçada, não tutelavam adequadamente esses direitos extrapatrimoniais, tendo em vista sua morosidade.

E, para atingir a vontade Constitucional de uma prestação jurisdicional efetiva, célere e adequada, os magistrados utilizaram-se de técnicas processuais atípicas³¹, até que vieram algumas reformas no Código de Processo Civil, dentre as quais pode-se destacar a antecipação da tutela e as ações de obrigação de fazer, previstas respectivamente nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil e a obrigação de fazer do Código de Defesa do Consumidor, artigo 84, onde atribuem ao juiz o poder de assegurar a efetivação da tutela, de ofício ou a requerimento das partes por meio de medidas que entender necessário.

Porém, cumpre destacar que este poder conferido ao juiz deve ser fundado nos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de tornar-se arbitrário, ferindo as garantias constitucionais do demandado, que é a um devido processo legal³².

³¹ Emprestando o exemplo fornecido por Cambi (2009, p. 227) podemos citar a utilização de tutelas inibitórias atípicas para evitar a ocorrência ou a continuidade do ilícito: “Se um medicamento nocivo à saúde do consumidor (que, por hipótese, possa gerar câncer) seja colocado no mercado, mais importante que buscar a proteção pecuniária ao consumidor doente é evitar que o produto seja vendido”.

³² Lucon (2009, p. 387/392) descreve que são limites do poder judiciário a motivação das decisões, onde é possível que o próprio poder judiciário faça controle dos atos judiciais; a violação do direito à prova, pois é imposto ao juiz o dever de oferecer às partes oportunidades processuais iguais e quanto à prova essa igualdade revela-se na efetiva possibilidade de participação, com contraditório; e por fim, elenca a competência como sendo também um limite ao poder jurisdicional, não podendo o juiz desrespeitar a competência constitucional ou legal de outros juízes, todos esses limites decorrem do princípio do devido processo legal: “Em síntese, a essência do devido processo legal substancial é a proteção a toda e qualquer ação arbitrária e não razoável”.

5 TUTELA INTERDITAL COMO EVIDÊNCIA E FATOR MITIGADOR DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A normatização da Constituição Federal, além das consequências mencionadas, também contribuiu para a fomentação e consagração dos direitos fundamentais, pois impôs ao Direito positivo a observância da dignidade da pessoa humana na aplicação da lei.

Porém, é certo que a violência e a opressão contra a pessoa não decorre apenas do Estado, mas também de particulares. Portanto, sendo todos cidadãos titulares de direitos fundamentais, houve a necessidade de reconhecer tais direitos nas relações privadas, ou seja, horizontais, tendo em vista que nosso Estado é de Direito, ou melhor, é Constitucional Democrático e de Direito.

O tema não é tão pacífico como parece. Conforme destaca Sarmento (2009, p. 143), nas relações entre particulares há uma hipotética igualdade jurídica, já que todos são titulares de direitos fundamentais, dentre os quais se encontra o poder de autodeterminação dos seus interesses privados, assim, não parecia correto, a princípio, simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, como é o Poder Público.

Assim sendo, sobre o assunto, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, surgiram várias teorias.

5.1 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Não temos a pretensão de esgotar o tema, mas o de pincelar alguns conceitos e características das principais teorias³³.

³³ Destaca-se que os fundamentos e características das teorias que cercam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, foram extraídos do brilhante trabalho do Professor e Procurador da República Daniel Sarmento (2009) denominado “A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil”, o qual recomendamos a leitura.

A primeira teoria é a denominada “negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina do *State Action*”. Nesta afirma-se que “os direitos fundamentais representam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado” (SARMENTO, 2009, p. 146). E mais, esta teoria defende que a horizontalização dos direitos fundamentais fulmina a autonomia individual, já que a aplicação daquela ocorrerá a absorção desta pelo Direito Constitucional, com isso, muitos poderes serão conferidos aos juízes em detrimento ao legislador democrático.

A preocupação com a autonomia privada é bem expressada nas lições de Laurence Tribe apud Sarmento:

(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais. (2009, p. 147)

Ainda, cumpre destacar que, para os Estados Unidos, país adepto desta teoria, a União não é competente para legislar sobre Direito Privado, salvo se tratar de matéria referente à comércio internacional ou interestadual. “Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas”. (SARMENTO, 2009, p. 147)

Em suma, destaca-se que para os países adeptos a essa teoria - dentre os quais podemos elencar: Estados Unidos e Canadá – os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição não vinculam os particulares, só o Poder Público e a competência para legislar sobre os direitos fundamentais nas relações privadas é exclusiva do legislador estadual.

Uma teoria intermediária, entre a negação da horizontalização dos direitos fundamentais e a aplicação imediata desta é a chamada “teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada”.

Para esta teoria, ensina Sarmento (2009, p. 155), a proteção da autonomia privada garantida pela Constituição Federal pressupõe a possibilidade

dos indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Porém, referida teoria reclama a necessidade de construir um vínculo entre o Direito Privado e a Constituição, esta construção se daria por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados elaborados pelo legislador. Na visão de Dürig, apud Sarmiento (2009, p. 155), as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são as fontes do direito fundamental no Direito Privado, que devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com os valores subjacentes aos direitos fundamentais. “Neste sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana”.

A imediata aplicação, dos direitos fundamentais nas relações privadas, é negada pelos adeptos à essa teoria sob o argumento de que, sendo assim, a autonomia privada seria exterminada, e o Direito Privado seria reduzido a mera concretização do Direito Constitucional, que estaria à mercê da interpretação do juiz³⁴.

Diferente do que defende a primeira teoria, esta reconhece que os direitos fundamentais revelam ordens de valores que atinge todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito privado, e por isso as normas devem ser interpretadas de acordo com esses valores.

Contudo, defendem que os direitos fundamentais na relação entre particulares é defendido por mecanismos produzidos pelo próprio Direito Privado e não pelo Constitucional. Como destacou Sarmiento:

Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis nos conflitos entre os direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança jurídica ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e separação dos poderes. (2009, p. 157)

³⁴“Afirmam seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria a outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos. Neste quadro seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricção dos juízes”. (SARMENTO, 2009, p. 155)

Aos juízes dos países adeptos a essa teoria como – Alemanha, Austria e França – incumbem apenas preencher as lacunas deixadas pelo legislador, por meios das cláusulas abertas e realizar o controle de constitucionalidade concentrado quando as normas forem incompatíveis com os direitos fundamentais. Só excepcionalmente é aceitável a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações particulares. E mais, a interpretação das normas sem considerar os valores emanados dos direitos fundamentais pode gerar responsabilização do judiciário. Estas são as principais características da teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

Finalmente, cumpre discorrer acerca da “teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada”.

Esta nasce da ideia de que, em razão da “unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2009, p. 162). Assim, quando o Direito Privado não proteger suficientemente os direitos fundamentais, cabe nas relações privadas a aplicação direta da Constituição Federal. Assim destaca Quadra-Salcedo apud Sarmento:

(...) La obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de La Constitución y no solo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos. (2009, p. 163)

Porém, não significa que é desconsiderada a autonomia privada, pois se defende que deve haver ponderação entre a liberdade individual e os direitos fundamentais, de modo que esta ponderação variará de caso a caso, dependendo do direito fundamental em jogo. Daí, porque Ubillos apud Sarmento (2009, p. 163), sustenta que a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas é diferente das públicas.

Outra consideração feita sobre a teoria estudada é de que ela é um instrumento que corrige as desigualdades sociais, já que não podemos falar em liberdade nas relações particulares quando há desigualdade entre as partes, assim é fundamental a intervenção da Constituição na proteção dos direitos fundamentais.

No contexto do Estado Social, onde os poderes privados representam grande ameaça para a liberdade humana, torna-se fundamental vinculá-los diretamente aos direitos fundamentais e à Constituição. Ademais, a concepção da Constituição como norma jurídica, que consagra os mais relevantes valores da sociedade, exige a sua incidência sobre as relações privadas, estando superada a visão que restringia a incidência da Lei Maior às relações entre cidadão e Estado. (SARMENTO, 2009, p. 163)

Com isso, para os Estados que recepcionaram esta teoria (cita-se Portugal, Itália, Espanha e Argentina), os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal geram ao indivíduo direito subjetivo, oponível tanto aos poderes públicos quanto aos privados, porém há o reconhecimento de irreduzibilidade de um núcleo na autonomia individual, ainda que haja um direito fundamental, como por exemplo a disponibilidade de 50% dos bens particulares independentemente de observação da regras de sucessão, por isso que a aplicação desses direitos nas relações privadas são diferenciadas.

Ainda, cumpre destacar que para esta teoria é dever do “Estado não apenas abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também o de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive de particulares”. (SARMENTO, 2009, p. 172)

Quanto ao Brasil, a teoria que vem sendo defendida, e que a cada dia ganha mais força, é a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Isto porque nossa Constituição Federal de 1988 é social e intervencionista, haja vista que traz no seu corpo, inúmeros direitos sociais e econômicos, além de constituir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e a construção de uma sociedade livre justa e solidária como objetivo deste.

Além disso, o §1º do artigo 5º da Constituição traz expressamente que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

De tal modo, é possível concluir que a nossa Constituição Federal busca a promoção da igualdade substantiva e, portanto, é inevitável a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas³⁵. Até porque, a Constituição não exclui os particulares da observância dos direitos fundamentais, muito pelo contrário, na maioria dos direitos nela estampados transmitem a “ideia de uma vinculação universal” (SAMPAIO, 2009, p. 179).

Ainda, destaca-se que também é objetivo da teoria em questão a nivelção das partes nas relações privadas, levando em consideração que na sociedade brasileira há muitas desigualdades e com conservação de resquícios escravocrata. Por isso, é ainda mais imperiosa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Estas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência. Tal quadro desalentador impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça. (SAMPAIO, 2009, p. 179)

Sendo assim, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares garante a autonomia privada, pois assegura àqueles que estão em desigualdade social a igualdade negocial, segundo Nunes de Abrantes apud Sampaio (2009, p. 181):

a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõe para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira auto-determinação daqueles sujeitos, que só pode ser garantido pela actuação dos direitos fundamentais.

Desta feita, incumbe aos juízes brasileiros a aplicação das normas delineadas na Constituição Federal às relações privadas de acordo com cada caso

³⁵ Sarmiento (2009, p. 178) sustenta que a Constituição brasileira é incompatível com a teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas por simplesmente excluir a aplicação desses direitos nas relações privadas. Também é incompatível à teoria moderada da eficácia indireta e meditada, pois a incidência deste dependeria do legislador ordinário, o que tornaria a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, inviável.

apresentado, no qual deve ponderar os princípios constitucionais, pois é um dever do Estado proteger os direitos fundamentais. Daí a legitimidade dos juízes, que é reforçada pelo sistema misto de controle de constitucionalidade, já que neste também cabe ao Judiciário exercê-lo.

Verifica-se, portanto, que é essencial o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já que este constitui um instrumento importantíssimo na construção de um Direito com ética e justiça. Logo, dada a grande importância social, os direitos fundamentais devem receber a devida proteção Estatal, já que não consistem em meras pretensões.

5.2 A Tutela Interdital Como Técnica Processual Efetiva de Direitos Fundamentais Perante Particulares

A influência constitucional em todo o ordenamento jurídico fez com que o processo passasse a ser instrumento de efetividade do direito material, haja vista que ele é o único meio indispensável para a realização da jurisdição.

Deste modo, ressalta Oliveira (2009, p. 110), trata-se de empregar as normas constitucionais no “próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é conduzido”.

Sabendo-se a importância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas³⁶, e o dever do Estado em protegê-los, é que, concluímos que o processo deve servir-se de normas que garantem o exercício do direito fundamental ou a restauração deste quando violado, para assim atingir a eficácia jurídica.

Logo, é preciso munir o Judiciário de instrumentos processuais capazes de efetivamente proteger os direitos em comento, tendo em vista que o processo comum não raras vezes se revela ineficaz para tal tarefa. Sob o assunto, preleciona Oliveira:

³⁶ Pois, são “inerentes a própria noção de direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade” (OLIVEIRA, 2009, p. 111).

Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético, entre duas exigências contrapostas, mas igualmente digna de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Considerando que o processo deve adaptar-se ao direito que serve, para que ao final o pronunciamento do Judiciário não seja inútil, devido a inadequação do procedimento ao direito reclamado é que se defende a adoção de tutelas diferenciadas, principalmente quando há em litígio direito fundamental.

Conforme visto no primeiro capítulo, a tutela interdital no direito romano era o meio utilizado para proteger direitos, tendo em vista que se adequava ao direito reclamado e dependendo da situação resultava em ordens que permitiam uma tutela específica.

Para Eduardo Talamini apud Oliveira e Fazole (2007, p.16):

[...] no período das legis actiones e no período formular, os interditos propiciaram um meio de tutela específica relativamente a determinados direitos absolutos. Eis porque as relações jurídicas mais importantes, pertinentes aos direitos absolutos, eram tuteladas pelos interditos, emanados diretamente do poder de imperium do magistrado, ao passo que aquelas meramente obrigacionais conduziam as partes desavindas à actio, com o juízo privado, de conteúdo indenizatório.

Também, conforme já mencionado a antecipação de tutela tem como origem a ideias da interdital, mas, apenas antecipa os seus efeitos, já que é vedada a antecipação da própria tutela (OLIVEIRA e FAZOLE, 2007, p. 16), de acordo com o artigo 273, §4º do Código de Processo Civil.

Eis, o grande diferencial da tutela interdital, que não raras vezes, mesmo em sede de liminares, satisfaziam definitivamente o mérito da ação, principalmente quando nestas envolviam direitos absolutos, fundamentais.

Assim, diante do atual cenário processual, em que ao Estado incumbe não apenas assegurar o acesso à justiça, mas efetivar a justiça, nos casos a ele

submetidos, por meio do processo, é que entendemos que a tutela interdital é o instrumento adequado para solucionar litígios em que envolvem direitos fundamentais nas relações particulares, tendo em vista que referida tutela resulta na expedição de uma ordem, uma tutela mandamental³⁷.

Por isso se conferiu ao juiz poderes de execução a fim de efetivamente proteger o direito violado, até que o ilícito seja removido:

Se o Estado possui dever de proteção e, assim, dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, ele não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a à livre disposição daquele que obteve a sentença. Ora, diante das novas funções do Estado, não se pode pensar que a sua tarefa jurisdicional termina, quando o direito depende de atuação na realidade, no momento em que a sentença é proferida. (MARINONI, 2009, p. 355)

Deste modo, quando diante de um direito fundamental, no qual há um interesse público e social por trás, conforme observado; ou do conjunto probatório apresentado nos autos em que flagrantemente revela o direito da parte como líquido e certo, deve-se adotar um procedimento diferenciado, como a antiga tutela interdital, que atualmente vem sendo denominada tutela de evidência.

5.3 Tutela Interdital Como Evidência e Fator Mitigador Da Discricionariedade Judicial

De fato, o novo sistema processual exige do juiz criatividade interpretativa no exercício da jurisdição, devido a adoção das cláusulas gerais³⁸,

³⁷ “a sentença dirigida a viabilizar a remoção do ilícito [...] para ser efetivada depende apenas da declaração do ato contrário ao direito, suficiente para determinar a expedição do mandado executivo” (MARINONI, 2009, p. 354)

³⁸ Cumpre descrever a definição de cláusula geral trazido por JUDITH MARTINS-COSTA apud DIDIER (s/d, p. 2/3), “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão,

bem como a intervenção da Constituição Federal em todo o ordenamento jurídico. Pois, para aplicar o direito o juiz deve criar, completar ou desenvolver normas jurídicas de acordo com o caso concreto, tendo em vista a ampliação do poder de interpretação conferido pelas cláusulas abertas.

Daí porque dizer que, pelo sistema atual, a decisão judicial é discricionária. Não há de considerar que este tema é pacífico na doutrina, pois alguns se posicionam contrária a ideia de existência de discricionariedade judicial, como por exemplo Teresa Arruda Alvim Wambier³⁹ e José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁰.

Contudo, nos dizeres de Barbosa Moreira apud Lopes, o juiz exerce atividade discricionária:

[...] às vezes, a lei atribui a quem tenha que aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou, ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e conveniência. É o que se denomina poder discricionário. Costuma-se apontar a atividade administrativa como campo de eleição de tal poder; mas a verdade é que também o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias. (2008, p. 94)

Assim sendo, é imperioso abriremos um parêntese no presente trabalho e discorrermos um pouco sobre o poder discricionário. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 433) ensina que a:

[...] discricionariedade é a liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: “A margem de liberdade conferida pela lei

será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico” .

³⁹ No trabalho denominado Omissão judicial e embargos de declaração, citado por Lopes (2008, p. 95), a professora Teresa assim manifestou-se sobre o tema: “[...] o Poder Judiciário não tem discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que contenha conceito vago, seja proferindo liminares , seja prolatando sentenças. Também não a tem quando se trata de verificar quais fatos ocorreram e como ocorreram, analisando o conjunto probatório. E tampouco na atividade preliminar, relativa à formação desse quadro. Isso implicaria, de certo modo, que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente. Qual a razão de ser do conceito de discricionariedade? Exatamente o de gerar essa margem de liberdade dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão”.

⁴⁰ Sobre o assunto Bedaque apud Lopes (2008, p. 95) sustenta que: “quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade do juiz adaptá-la as necessidades do caso concreto. Esse poder não se confunde com a denominada discricionariedade judicial , mas implica ampliação na margem de controle da técnica processual pelo julgador”.

ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Logo, a discricionariedade não é um simples juízo de conveniência e oportunidade. Os elementos normativos em branco ou indefinidos devem ser motivados através dos fatos e circunstâncias, por eles o Administrador deverá demonstrar que a prática do ato era conveniente e oportuna ao interesse público. Pois, o Administrador ao exercer o poder discricionário, deve atender a intenção da lei, ou seja, suas decisões deverão ser adequadas e de valor jurídico correspondente àquilo que a lei queria.

Desta feita, só é discricionário quando houver obediência aos limites e parâmetros da lei, e quando exceder esses limites, a decisão passa a ser arbitrária. A arbitrariedade neste caso representa um abuso de poder de motivar, ou, ainda, desvio de motivação, pois o mérito deixou de atender a intenção da lei. E, por deixar de atender a lei, mérito baseado em fatos e circunstâncias não razoáveis ou não proporcionais é um mérito ilegal.

Passando para a realidade jurisdicional, conforme tivemos a oportunidade de estudar, o sistema atual é dotado de cláusulas abertas, justamente para ampliar o poder do juiz de interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto de acordo com os fatos e circunstâncias que lhe são narrados e provados nos autos, para que a jurisdição seja adequada a cada caso.

Certos de que incumbe ao Estado garantir o acesso a justiça, sendo este direito à prestação jurisdicional adequada, fundamental ao homem, e estampado na nossa Constituição Federal, é que deve haver, no nosso ordenamento, procedimentos idôneos e aptos a atingir tal finalidade⁴¹.

O processo deve ser instrumento de proteção eficaz do bem da vida pretendido pelo jurisdicionado. Portanto, é preciso que haja um procedimento adequado a cada espécie direito, principalmente àqueles fundamentais, exposto na Constituição Federal.

⁴¹ Oliveira e Fazoli (s/d, p. 5) definem procedimento adequado como sendo aquele “apto a realizar o direito material, propiciará a realização dos direitos fundamentais e efetivará a inclusão social. Através dele conseguiremos obter uma verdadeira igualdade contenciosística, na expressão de Marcelo Neves. É um instrumento que acabará com a democracia meramente formal”.

Assim a adoção de um procedimento voltado a proteção de direitos econômicos, não serve para efetivar os direitos fundamentais, é que, conforme ensina Queiroz apud Oliveira e Fazoli (s/d, p. 9), “no campo dos direitos fundamentais sociais, a efetividade não se apresenta unicamente como condição ulterior do direito, que por si existe já juridicamente, antes como condição de existência do próprio direito.”

Neste caso, o direito nasce independentemente do fato, é o texto legal que o impõe, sem que haja necessidade de prolação de sentença. “Basta ler CHIOVENDA para saber que os direitos preexistem às sentenças que os reconhecem.” (SILVA, 2004, p. 630).

Por isso que o processo deve levar em conta a espécie do direito material que se busca tutelar, não pode ele ser neutro ou indiferente àquele⁴². Pois, os direitos fundamentais, aqueles que são evidentes, tanto porque a lei é quem determina a evidência, quanto aqueles em que é a prova que o faz evidente, devem ser tutelados por procedimentos diferenciados. Conforme alerta Marinoni apud Oliveira e Fazoli (s/d, p. 10), o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tem aplicabilidade imediata:

Lembre-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o art. 5.º, § 1.º da CF, tem aplicabilidade imediata, e assim, vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade. Essa interpretação judicial, orientada ao cumprimento do dever de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, somente encontra limites no direito de defesa.

Levando em consideração que o direito fundamental independe de fatos ou circunstâncias, pois a sua existência decorre da lei, ou das provas colacionadas aos autos, e o dever do Estado de prestar a tutela de maneira adequada e efetiva, é que se afirma inexistir discricionariedade nestes casos.

⁴² Marinoni apud Oliveira e Fazoli (s/d, p.9) "O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial."

Ora, se há violação a um direito fundamental, como por exemplo, a vida, não compete ao juiz interpretar a lei e decidir com base na proporcionalidade. Muito pelo contrário, o juiz deve munir-se de instrumentos que garantam a proteção efetiva desse direito, ressalta-se, que decorre da Lei. A adoção de procedimentos diferenciados, com características da tutela interdita do direito romano, haja vista que conforme estudado, era o meio empregado para tutelar direitos, e não pretensões, revela-se o instrumento adequado nesses casos. Já que, tem como principal característica a satisfação definitiva da tutela, e que por vários meios de coerção garantem a efetividade do direito.

Finalmente, nos deparamos com tais atributos nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, e também no projeto do Código de Processo Civil denominada como Tutela de Evidência.

6 CONCLUSÃO

A intervenção da Constituição Federal em todo o ordenamento jurídico brasileiro refletiu no exercício da função jurisdicional, pois o processo tornou-se instrumento do direito material, não sendo mais suficiente, apenas, dizer o direito das partes, mas, passou ser necessário efetivá-los. Essa garantia constitucional, a tutela efetiva, constitui direito fundamental do homem.

Assim, para efetivação do direito, o processo ordinário, tido como a regra dos procedimentos, revelava-se ineficiente quando buscava proteger um direito fundamental ou incontroverso, portanto, o Código de Processo Civil brasileiro recebeu algumas reformas, no qual introduziu no procedimento comum alguns mecanismos encontrados nos procedimentos especiais, que permitiam a efetivação do direito.

Ocorre que no Direito Romano a regra processual era os especiais, representado pelas tutelas interditaes, tal procedimento era utilizado quando havia em litígio um direito absoluto, as sentenças eram mandamentais, com medidas coercitivas, caso houvesse descumprimento da ordem, tal procedimento conferia satisfação definitiva ao direito. Em contra partida, havia o procedimento das ações que revelavam-se adequadas para as pretensões das partes, estas eram caracterizadas pelo contraditório e ampla defesa, por isso demandavam mais tempo que as interditaes.

A influência do cristianismo no exercício da jurisdição diminuiu a força das tutelas interditaes, que em nome da segurança jurídica e do contraditório e ampla defesa deu espaço, quase que absoluto para as ações. Isso perdurou por anos, a ponto de não interessar ao processo o direito que buscava tutelar, ou seja, pouco importava se o que discutia tratava-se de direito ou mera pretensão, todos seguiam o rito das ações.

Contudo, diante da intervenção constitucional, o processo passou a ser repensado, pois a efetividade deste, que é direito fundamental, significa qualidade e adequação da prestação jurisdicional, portanto, passou-se a ser imprescindível o

correto manejo das técnicas processuais de construção de tutelas diferenciadas (urgência e evidência). Daí a importância da teoria da cognição, que é o exercício intelectual realizado pelo juiz na atividade jurisdicional, que revela a necessidade de vários institutos processuais para a concretização do direito, reafirmando o caráter instrumental do processo.

Das tutelas diferenciadas destaca-se a de urgência e as de evidência. As tutelas de urgência, tem caráter assecuratório e antecipatório, porém não satisfaz definitivamente o direito, pois há a possibilidade de ser revertido. Já as tutelas de evidência são fundadas no direito incontroverso, absoluto da parte e, portanto, satisfazem definitivamente a tutela. Por isso afirmamos que a tutela de evidência é a antiga tutela interdital, porém, apenas com nomenclatura diferente.

Diante de toda evolução do Direito, o juiz passou a ter outra postura diante da lei. Se para o positivismo ele apenas pronunciava o que a lei determinava, e para o social agia conforme o poder executivo ordenava, no Estado Constitucional Democrático de Direito o juiz passou a ter maior poder de interpretação, que deve ser feita sob a luz dos princípios e regras constitucionais. Tal, decorre do próprio sistema de cláusulas abertas que permite ao juiz analisar o caso concreto e aplicar o direito, conforme determina a Constituição Federal, limitando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Referido exercício deve ser transplantado à solução de conflitos entre particulares.

Pois, evidente que, não é somente o Estado quem comete violência à dignidade da pessoa humana. Nas relações individuais, não raras vezes ocorrem desrespeitos aos direitos fundamentais, sendo inaceitável ignorar essas violências em favorecimento ao princípio da autonomia privada. Portanto, entendemos que os direitos fundamentais têm aplicação imediata nas relações entre particulares, cabendo ao juiz a cada caso ponderar os princípios e garantias constitucionais, autonomia privada e dignidade da pessoa humana.

Assim, diante de litígios que envolvem direitos fundamentais ou evidentes, levando em consideração que é um dever do Estado prestar a tutela de forma adequada e efetiva, entendemos que não há discricionariedade judicial.

Diante de tudo o que aqui consta, concluímos que a tutela interdita, hoje denominada tutela de evidência pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, é fator mitigador da discricionariedade judicial, pois é o procedimento adequado para tutelar direitos.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Rafael Almeida do. **A Concretização do Direito Fundamental de Ação**. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30353-31410-1-PB.pdf>: último acesso em 30/01/2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Editores Malheiros Ltda, 1998.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Juiz**. 3ª edição. Campinas: Millennium, 2002.

BIONDI, Biondo. **Diritto Romano Cristiano**. vol. I, Milano: Giuffrè, 1952.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito Processual Civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3ª edição, atualizada, revista e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación De La Constitución y Ordenamento Jurídico**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Leituras Complementares de Direito Processual Civil**. 7ª edição revista e ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CARACIOLA, Andréa Boari. **Enquadramento Constitucional das Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas**. s/d. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andrea.pdf> - último acesso em: 30/01/2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Cláusulas Gerais Processuais**. s/d. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Old=null> – último acesso em: 30/01/2012

_____. **Sobre Dois Importantes (e Esquecidos) princípios do Processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. 2001. Disponível em:

<http://jus.com.br/revista/texto/2986/sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo> - último acesso em: 30/01/2012.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência – Fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

IHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. tradução de Abel D’Azevedo. Lisboa: Editores B Proprietários, 1963.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LACERDA, Galeno. **Mandados e Sentenças Liminares – Contribuição para a reforma processual**. Volume 1, nº 1, Uberlândia-MG: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia, 1º semestre de 1972.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7ª edição, revista e ampliada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7ª edição, revista e ampliada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7ª edição, revista e ampliada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

_____. A Legitimidade da Atuação do Juiz a Partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. **Os poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual do Processo de Conhecimento**. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC, Críticas e Propostas**. 1ª edição, 1ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64/2010. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **As Novas Tendências do Direito Processual: Uma contribuição para o seu reexame**. 2002. Disponível em: <https://docs.google.com/leaf?id=0B8adnhvYhwQTYjAyZWJmNDgtMjhiOS00YjRjLWFMZWMtOGQ1NDk5MDkzODk5&sort=name&layout=list&pid=0B8adnhvYhwQTYjAx>

MWU4OGItYWM2ZC00MzhjLTg5M2ltODFjMGExZjMyZTZi&cindex=8 - último acesso em: 16/01/2012.

MIRANDA, Pontes. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 8ª edição, revista. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 29ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7ª edição, revista e ampliada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7ª edição, revista e ampliada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Luis de, e FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. **A Garantia Constitucional à Tutela Interdita: A Especificidade da Tutela Específica**. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 12, p.145. 156, 2007.

_____; _____. **A Importância do Procedimento Interdita Diante da Ausência de Discricionariedade na Concretização dos Direitos Fundamentais**. s/d. Texto não Publicado. Centro de Pós Graduação Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente – SP.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Civil Brasileiro**. 1ª ed. Barueri/SP: Manole, 2002.

PORTELA, Fábio. Entrevista Antônio Cláudio da Costa Machado: “Querem a Ditadura do Judiciário”, **Veja**, São Paulo: Editora Abril, 2011, edição 2245 – ano 44 – nº 48, 30/11/2011.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. **O Processo Civil Contemporâneo e os Pressupostos Processuais: Uma Releitura Constitucional**, *Revista Intertemas das Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente*, 2011.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7ª edição, revista e ampliada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

SILVA, João Baptista da. **Processo Romano – Instrumento da eficácia jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Jurisdição e Execução – Na tradição romano-canônica**. 2ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Aline de Oliveira. **Breves Considerações Sobre o Resgate da Tutela Interdita Como Medida de Efetivação do Direito Extrapatrimonial**. Revista Intertemas das faculdades Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2011.

_____. **A Violência Ilegítima do Estado Constitucional Democrático de Direito no Sistema Prisional Brasileiro**. Revista Intertemas das Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2008.

TROPLONG. **Da Influência do Christianismo Sobre o Direito Civil dos Romanos**. tradução de José Raimundo da Costa Menezes, Recife: Typographia Commercial de Meira Henriques, 1852.

VESCOVI, Enrique. **Introducción Al Derecho**. 21ª edición. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de f, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª edição atualizada. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Batalha da Ponte Mílvia**. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Batalha_da_Ponte_M%C3%ADlvia - acessada em 22 de dezembro de 2011.