

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**ODILAIR CARVALHO JÚNIOR**

**DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS E O DEVIDO  
PROCESSO LEGAL**

VITÓRIA  
2007

**ODILAIR CARVALHO JÚNIOR**

**DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

**VITÓRIA**  
**2007**

**ODILAIR CARVALHO JÚNIOR**

DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 200\_.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr. Willian Couto Gonçalves  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr. Sérgio Luiz Souza Araújo  
Universidade Federal de Minas Gerais

Dedico esse trabalho a minha saudosa tia Vera, que me acompanhou em todos os momentos de minha vida, desde o nascimento, até o momento em que atendeu um chamado de Deus. Tenho fé de que, de sua nova morada, está em júbilo!

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador Profº Dr. José Roberto dos Santos que, com sua dedicação ao ensino e postura comprometida com a temática, ajudou-me a perceber os novos rumos dos direitos fundamentais.

Aos membros dessa honrosa banca que prontamente aceitaram o convite para participar de minha defesa, enriquecendo meu trabalho e contribuindo imensamente com o meu crescimento.

Aos meus colegas de turma que sempre manifestaram espírito de colaboração nos momentos mais difíceis desta caminhada.

Aos meus colegas de escritório, que colaboraram, por vezes até suprimindo a minha ausência, para a consecução do presente trabalho.

Aos meus pais, Antônio Odilair de Carvalho e Joana Gonsalves de Carvalho, responsáveis pelos ensinamentos básicos que me propiciaram alcançar esse objetivo.

À minha esposa, Andressa, pelo apoio e estímulo nessa árdua caminhada.

Aos meus filhos, que suportaram os momentos em que estive ausente.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo aferir a compatibilidade dos provimentos antecipatórios com a garantia do devido processo legal. A partir da constatação da possibilidade de colisão entre os princípios-garantias constitucionais, verifica que os provimentos antecipatórios consubstanciam a solução dada pelo legislador ao conflito entre a garantia do contraditório e a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. Busca encontrar critérios objetivos para aferir a validade da escolha do legislador em fazer prevalecer um princípio-garantia constitucional às custas da restrição de outro. Para isso procede à análise da evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais. Traça a distinção entre direitos e garantias. Estuda as diversas funções decorrentes da soberania do Estado, com destaque para a Jurisdição. Analisa a aplicação do devido processo legal como fundamento dos critérios a serem utilizados para a solução de eventual conflito entre a garantia constitucional fundamental do contraditório e da ampla defesa e a da inafastabilidade do controle jurisdicional. Procura delimitar a abrangência do devido processo legal em sua dupla dimensão: procedimental e substantiva. Mostra a evolução da garantia do devido processo legal substantivo a partir dos precedentes da Suprema Corte americana. Relata a aplicação do devido processo legal substantivo no direito brasileiro. Demonstra que a garantia do devido processo legal constitui-se em mecanismo a ser aplicado no controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público. Define e delimita a abrangência os princípios concretizados do devido processo legal: princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Busca definir o conteúdo da garantia do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional. Agrupa as espécies de provimentos jurisdicionais em tutelas de urgência e tutela da evidência. Confronta esses gêneros de tutelas jurisdicionais à luz dos critérios fornecidos pelo devido processo legal. Analisa destacadamente a liminar nos interditos possessórios e no procedimento da alienação fiduciária em garantia.

**Palavras-chave:** Garantias Constitucionais. Devido Processo Legal. Contraditório e ampla defesa. Efetividade da tutela jurisdicional. Provimentos Antecipatórios.

## ABSTRACT

The goal of this work is to assess the compatibility of anticipatory provisions with the guarantee of due process of law. Starting from the observation of the possibility of collision between constitutional guarantees of principle, it verifies that the anticipatory provisions consolidate the given solution by the legislator upon the conflict between the guarantee of that which is contradictory and the guarantee of that which cannot be removed from jurisdictional control. It also seeks to encounter objective criteria in order to assess the validity of the legislator's choice to make one constitutional principle prevail at the cost of restricting another. In order for this, the analysis of the historical evolution of fundamental rights and guarantees must be carried out. This work outlines the distinction between rights and guarantees. It studies the diverse functions resulting from the State's sovereignty with emphasis on Jurisdiction. This paper analyzes the application of due process of law as the basis of criteria to be utilized for the solution of fortuitous conflict between the fundamental constitutional guarantees of that which is contradictory and Legal defense and that which cannot be removed from jurisdictional control. It seeks to delimit the range of due process of law in its two dimensions: procedural and substantive. This work shows the evolution of the guarantee of substantive due process of law starting from the proceedings of the United States Supreme Court. It gives the account of the application of substantive due process in Brazilian law. It demonstrates that the guarantee of due process of law is constituted in mechanism to be applied to the control of constitutionality of the prescriptive acts of Public Authority. It defines and delimits the range of concrete principles of due process of law: the principles of reasonability and of proportionality. It seeks to define the content of the guarantee of that which is contradictory and that which cannot be removed from jurisdictional control. This work groups together the kinds of jurisdictional provisions in guardianships of urgency and of proof. It compares these types of jurisdictional guardianships in light of criteria supplied through due process of law. It emphatically analyzes the preliminary verdict in possessory injunctions and in the proceedings of fiduciary alienation in guarantees.

Keywords: Constitutional Guarantees. Due process of law. Contradictory and Legal Defense. Effectiveness of Jurisdictional Guardianship. Anticipatory Provisions.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
CAPÍTULO I	
<b>1 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS</b> .....	14
<b>2 DA GARANTIA DE PROTEÇÃO JURÍDICA</b> .....	21
CAPÍTULO II	
<b>3 DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL</b> .....	27
3.1 DAS DIVERSAS FUNÇÕES DA SOBERANIA.....	27
3.2 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	31
3.3 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL.....	43
3.4 DA DUPLA DIMENSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	47
3.4.1 <b>Do Devido Processo Legal Procedimental</b> .....	48
3.4.2 <b>Do Devido Processo Legal Substantivo</b> .....	50
3.4.2.1 Do Princípio da Razoabilidade.....	52
3.4.2.2 Do Princípio da Proporcionalidade.....	54
3.4.2.2.1 (Sub) Princípio da Adequação.....	56
3.4.2.2.2 (Sub) Princípio da Necessidade.....	57
3.4.2.2.3 (Sub) Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	57
3.4.2.3 Da Aplicação do Devido Processo Legal Substantivo no Controle de Constitucionalidade.....	58
3.4.2.3.1 Do Controle de Constitucionalidade.....	58
3.4.2.3.2 Dos Precedentes do Supremo Tribunal Federal.....	62
3.5 Conclusão Parcial.....	67
CAPÍTULO III	
<b>4 DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL</b> .....	70
<b>4.1 Da Jurisdição</b> .....	70



<b>4.2 Das Etapas da Jurisdição.....</b>	<b>72</b>
4.2.1 Etapa Genérica e Abstrata.....	73
4.2.2 Etapa Restrita e Materializada.....	73
4.2.3 Etapa Específica e Eficaz .....	74
4.2.4 Conclusão Parcial.....	74
<b>4.3 Da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.....</b>	<b>75</b>
CAPÍTULO IV	
<b>5 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....</b>	<b>81</b>
CAPÍTULO V	
<b>6 DA COLISÃO ENTRE A GARANTIA DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO.....</b>	<b>87</b>
<b>6.1 DAS TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL.....</b>	<b>90</b>
<b>7 DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....</b>	<b>95</b>
7.1 DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS.....	96
<b>7.2 Da Sistematização das Tutelas de Urgência.....</b>	<b>103</b>
7.2.1 Da Tutela Cautelar.....	108
7.2.1.1 Da Liminar.....	110
7.2.2 Da Tutela Antecipada Cautelar Satisfativa.....	111
7.2.3 Da Tutela de Evidência.....	114
7.2.3.1 Da Tutela Possessória.....	118
7.2.3.1.1 Da Liminar Possessória.....	122
7.2.3.2 Da Liminar de Busca e Apreensão do Bem Objeto de Alienação Fiduciária em Garantia.....	125
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>131</b>
<b>9 REFERENCIAS.....</b>	<b>137</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 delineou o modelo de *processo* a ser observado pelos órgãos que detêm a função institucional de dirimir um determinado conflito intersubjetivo de interesses que lhes for levado à apreciação (Poder Judiciário), impondo ao órgão responsável pela elaboração das regras que disciplinam a utilização desse instrumento (Poder Legislativo) o dever de editar normas que viabilizem a implementação desse modelo de processo constitucional na prática, instituindo procedimentos consentâneos aos ditames constitucionais.

Esse *modelo de processo constitucional* é assegurado pela garantia do devido processo legal (dimensão procedimental) inserida no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal.

A garantia do devido processo legal procedimental é composta de outras garantias que têm como finalidade delinear os seus contornos: garantia do contraditório e da ampla defesa; da inafastabilidade do controle jurisdicional; da isonomia; da motivação das decisões judiciais; da vedação das provas ilícitas e da publicidade.

O nosso ordenamento tem admitido a concessão de liminares – tenham elas natureza antecipatória ou assecuratória do provimento jurisdicional de mérito - quando tais provimentos mostrarem-se necessários e indispensáveis a assegurar a concretização da garantia constitucional da efetividade da prestação jurisdicional, diferindo a garantia do contraditório e da ampla defesa, corolário do devido processo legal, para um momento posterior.

Dessa constatação surge a primeira indagação que o nosso trabalho se propõe a responder: o diferimento do contraditório para momento posterior à edição do provimento jurisdicional proferido sem a oitiva da parte contrária consubstancia-se em uma restrição a essa garantia constitucional? Em caso afirmativo, o nosso ordenamento constitucional admite que os direitos ou garantias fundamentais possam sofrer

limitações por parte do legislador infraconstitucional? Em que casos? Pode o Judiciário aferir acerca da compatibilidade da norma restritiva com as regras e princípios emanados do Texto Constitucional? Existem critérios objetivos para o exercício desse controle dos atos normativos infralegais por parte do Poder Judiciário? Qual o fundamento desse controle?

Para a solução dos problemas propostos faz-se *mister* um estudo, ainda que sucinto, dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, desde sua origem histórica até a concepção hodierna positivada nas Constituições contemporâneas dos países estruturados conforme o modelo do Estado Democrático de Direito, bem como a diferenciação entre os direitos fundamentais enunciados – explícita ou implicitamente – pela Constituição e as garantias (também por isso fundamentais) que asseguram a sua fruição pelos seus titulares. Direcionando o foco para o tema objeto do presente trabalho, abordaremos a garantia de proteção jurídica, que corresponde ao dever do Estado de assegurar a fruição dos direitos pelos seus respectivos titulares. Esses estudos serão objeto do Capítulo I.

No Capítulo II procederemos a uma análise destacada e pormenorizada da garantia do devido processo legal como princípio concretizador dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, cuja função é impor limites à intervenção do Estado na esfera de liberdade individual das pessoas, quer essa intervenção resulte de normas gerais e abstratas (leis e decretos regulamentares) ou de normas individuais de efeitos concretos (provimentos jurisdicionais).

Prosseguindo nosso estudo, explanaremos de maneira sintética sobre a evolução de referida garantia, desde sua origem, que remonta à Magna Carta de João Sem Terra, passando pela sua inserção na Constituição norte-americana, até o atual estágio de desenvolvimento de interpretação e aplicação que lhe conferiu a Suprema Corte dos Estados Unidos: de uma garantia meramente processual passou a constituir-se num poderoso mecanismo de limitação da intervenção estatal na esfera dos direitos individuais.

No tópico seguinte examinaremos as Constituições brasileiras com o intuito de identificar se nelas a garantia do devido processo legal poderia ser inferida como princípio implícito decorrente de outros princípios constitucionais.

Veremos que a garantia do devido processo legal se revela, de acordo com a abrangência da intervenção estatal na esfera jurídica dos indivíduos, sob dois aspectos: o processual (devido processo legal procedimental), que tem como função impor a observância de todas as garantias e exigências inerentes ao modelo de processo estabelecido pela Constituição, de modo a obstar que alguém seja atingido por atos que restrinjam os direitos individuais sem a observância de um procedimento previamente definido em lei, instituído conforme as diretrizes ditadas pelas garantias constitucionais do processo; e o substancial (devido processo legal substantivo), que diz respeito à limitação ao exercício do poder legiferante, autorizando o Poder Judiciário a perquirir, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos normativos estatais, se a norma restritiva de direito ou garantia fundamental está em consonância com o permissivo constitucional.

Identificaremos e analisaremos os princípios concretizadores do devido processo legal substantivo (razoabilidade e proporcionalidade), as formas de controle de constitucionalidade admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, bem como a aplicação de referida garantia pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos capítulos III e IV, respectivamente, procederemos ao estudo da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e da garantia do contraditório e da ampla defesa, identificando a sua função e delineando seus contornos.

Definidas as duas garantias, veremos no capítulo V que, como acontece com qualquer outra garantia fundamental, nenhuma delas é absoluta, havendo situações em que se tornará necessário ao legislador infraconstitucional, no exercício de sua função de conformar os direitos e garantias fundamentais às exigências da vida prática, restringir o exercício de um direito ou garantia individual, a fim de que possa viabilizar a

realização de um outro direito ou garantia individual com aquele colidente. A colisão entre a garantia do contraditório e da ampla defesa e a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional será analisada à luz dos critérios fornecidos pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que informam a garantia do devido processo legal substantivo.

Serão analisadas as técnicas predispostas pelo ordenamento para conferir maior efetividade ao processo, incluindo aquelas consistentes nas tutelas de cognição sumária, que autorizam o juiz a intervir na esfera jurídica da outra parte sem que lhe seja assegurada o contraditório prévio, confrontando-as com a garantia do devido processo legal e com os princípios concretizadores da razoabilidade e proporcionalidade.

No último capítulo serão tecidas as considerações conclusivas.

O tema objeto de nossa pesquisa mostra-se relevante diante da prodigalização das tutelas sumárias concedidas *inaudita altera parte*, que têm sido comumente utilizadas no foro, devido à demora patológica do processo judicial de solução de conflitos, como sucedâneo da tutela jurisdicional definitiva, de cognição ampla e exauriente.

Por isso a necessidade de (re)visitar o tema dos provimentos antecipatórios concedidos *inaudita altera parte* à luz da garantia do devido processo legal em sua dupla dimensão (procedimental e substantiva), para aferir se nesses casos a restrição imposta ao contraditório em prol da efetividade da tutela jurisdicional mostra-se compatível com a Constituição.

Ademais, a análise da garantia do devido processo legal substantivo e suas implicações práticas contribuirá para a sistematização de tal garantia constitucional, possibilitando subsídios teóricos para a delimitação do seu campo de incidência, bem como das conseqüências de sua aplicação ao caso concreto.

## CAPÍTULO I

### 1 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais, assim como concebidos hodiernamente, são o resultado de uma evolução gradual que remonta às idéias do direito natural e ao pensamento cristão<sup>1</sup> - os quais consideravam a existência de direitos universais inerentes ao gênero humano - e que tem como “divisor de águas” a Revolução Francesa e a independência americana<sup>2</sup>.

Com a derrocada do absolutismo na Europa, cujo marco histórico foi a Revolução Francesa - que propiciou o surgimento de democracias liberais na Europa - e a independência das 13 colônias britânicas na América, as quais viriam a formar os Estados Unidos da América do Norte, tornou-se premente, para resguardar os cidadãos de eventuais intromissões do Governo na esfera de seus interesses, que se enunciasse em um documento as posições individuais (direitos) nas quais era vedado ao Estado se imiscuir. Daí surgiram as primeiras *declarações de direitos fundamentais*, sendo as mais importantes, a Declaração de Virgínia (1776), a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), aprovada pela Assembléia Constituinte instaurada pela Revolução Francesa e a *Carta de Direitos norte-americana* (1791), inserida pelas dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos.

A Declaração de Virgínia, de 1776, muito embora tenha antecedido à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, teve sua elaboração influenciada pelo pensamento iluminista que vicejou na Europa e serviu de suporte teórico à Revolução Francesa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 172.

<sup>2</sup> Cf. BARROSO, Luiz Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 2<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25-27.

<sup>3</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed. 22<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 157.

Discorrendo sobre a evolução dos direitos e garantias individuais ao longo da história dos povos, José Afonso da Silva pontua que:

Certo é que, no correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade (...) Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das leis *fundamentais do Reino Unido* limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou humanismo. Aí floresceram os *pactos*, os *forais* e as *cartas de franquias*, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais (...) Na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628). Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram na século XVIII com as Revoluções americana e francesa<sup>4</sup>.

O autor cita também como predecessoras das modernas declarações de direitos fundamentais:

[...] as várias Cartas de direitos e liberdades das Colônias Inglesas na América: *Charter of New England*, 1622; *Charter of Massachusetts Bay*, 1629; *Charter of Maryland*, 1632; *Charte of Connecticut*, 1662; *Charter of Rhode Island*, 1663; *Charter of Carolina*, 1641; *New York Charter of Liberties*, 1683; *Pennsylvania Charter of Privileges*, 1701<sup>5</sup>.

Algumas constituições surgidas após a Revolução Francesa passaram, além de positivar em seus textos os direitos fundamentais enunciados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e no *Bill of Rights* americano<sup>6</sup>, a se preocupar em instituir mecanismos tendentes a assegurar a efetividade desses direitos, os quais foram denominados de garantias constitucionais fundamentais.<sup>7</sup> No Brasil, a Constituição do Império, de 1824, já enunciava uma série de direitos e garantias fundamentais do homem, tendo a enunciação se repetido, com variações, nas Constituições posteriores, destacando-se o atual Texto Constitucional pelo fato de ter adotado uma técnica mais consentânea com os postulados do Direito Constitucional moderno, além de ampliar o

<sup>4</sup> DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 150-151

<sup>5</sup> *Idem*, p. 151.

<sup>6</sup> Cf. BARROSO, Luiz Roberto, *op. cit.*, p. 105-106.

<sup>7</sup> DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 166-167.

rol dos direitos e garantias, nele incluindo os direitos sociais e coletivos e uma gama de garantias processuais não previstas nas cartas constitucionais precedentes.

Do exposto no parágrafo anterior, é possível entrever a diferença entre *direito* e *garantia fundamental*, a qual reside no caráter declaratório ou enunciativo do *direito* em contraste com o caráter assecuratório ou instrumental da *garantia*.

Nesse sentido é a posição de Paulo Bonavides, *in verbis*:

Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a *garantia constitucional* é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado<sup>8</sup>.

Rui Barbosa, citado por Paulo Bonavides diferencia os *direitos* das *garantias fundamentais* nos seguintes termos:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos* e *garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil<sup>9</sup>.

Por mais das vezes, é possível que um mesmo enunciado normativo veicule tanto direito(s) como garantia(s) fundamental(is) constitucional(is), a exemplo do que ocorre com o inciso X, do art. 5º da Constituição, que ao mesmo tempo em que *reconhece* como fundamental o *direito à intimidade*, estabelece uma *garantia* que lhe é correlata, ao prescrever - com vistas a assegurar a sua efetividade - uma sanção para quem o violar (dever de reparar o dano causado)<sup>10</sup>.

Para Canotilho, as *garantias* se subsumem à categoria dos *direitos fundamentais* de proteção, os quais se caracterizam tanto como o direito de exigir do Estado a proteção

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. ed. 6ª. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 493.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 483-484

<sup>10</sup> DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto e NUNES JÚNIOR, Vital Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 9ª. São Paulo: Saraiva, p. 109.



dos seus direitos, quanto no reconhecimento de mecanismos processuais tendentes a esse fim.<sup>11</sup>

Segundo leciona o autor acima citado, as *garantias constitucionais*

[...] têm um alcance substancialmente subjectivo, pois reconduzem ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a protecção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade<sup>12</sup>.

Logo, podemos concluir que as *garantias fundamentais constitucionais* têm como função impor ao Poder Público um dever de ação ou abstenção com o objetivo de assegurar a observância de um direito fundamental ou a sua reintegração ou reparação em caso de violação.

Segundo José Afonso da Silva, as *garantias fundamentais* se dividem em:

(1) *garantias gerais*, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais “se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais”; o “conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais”; trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada agora no art. 1º, de que já falamos;

(2) *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. São, por seu lado, de dois tipos: (a) *garantias constitucionais gerais*, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que se constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão; (b) *garantias constitucionais especiais*, que são prescrições constitucionais estatuidas técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. **Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 396.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. **Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 880.

<sup>13</sup> DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 187-188.

De seu turno, ainda na esteira dos ensinamentos de José Afonso da Silva, as *garantias especiais* se subdividem (a) naquelas que impõem uma limitação ao Poder Público e aos particulares em razão da necessidade de observância de um *direito fundamental* e (b) nos instrumentos processuais (também conhecidos como remédios constitucionais) disponibilizados pela Constituição aos cidadãos para impedir ou reparar eventual lesão a *direito fundamental* em decorrência de ato estatal<sup>14</sup>.

Ao nosso estudo interessam as *garantias constitucionais especiais* elencadas no item “a” do parágrafo supra, ou seja, aquelas que “conferem aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos”<sup>15</sup>, mediante a imposição de limites à atuação do Poder Público.

A essa categoria de *garantias fundamentais* Vicente Greco Filho denomina de *garantias instrumentais* ou *processuais*, consideradas pelo ilustre jurista como “(...) as disposições que visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias formais, cercando, por sua vez, sua aplicação de garantias”<sup>16</sup>.

Para o autor, “consideram-se garantias formais aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, assegurem a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando o arbítrio, balizando a distribuição dos direitos em geral”<sup>17</sup>.

Nessa espécie de *garantia constitucional* se insere a garantia fundamental à Jurisdição, a qual decorre da garantia de proteção jurídica, cujo tratamento será objeto do capítulo posterior.

---

<sup>14</sup> Cf. DA SILVA, José Afonso, Curso, 440

<sup>15</sup> DA SILVA, José Afonso, ob. cit., p. 188.

<sup>16</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. ed.17ª. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, 27.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Sobre a garantia de Jurisdição decorrente da garantia de proteção jurídica dos direitos fundamentais, Canotilho observa que:

Embora a proteção dos direitos através do direito exija uma prévia e inequívoca consagração desses direitos [...], o sentido nuclear da protecção judicial dos direitos é essa: a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efectiva quando, no caso de violação destes, houver um a instância independente que restabeleça a sua integridade<sup>18</sup>.

As garantias constitucionais objeto de nosso estudo são enunciadas pela Constituição de 1988 sob a forma de princípios. Canotilho se refere ao termo *princípio-garantia* para definir os princípios que “[...] visam instituir imediatamente uma *garantia* dos cidadãos.”<sup>19</sup>

Segundo a definição de Humberto Ávila, os princípios

[...] são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”<sup>20</sup>

Da definição *supra* pode-se extrair, segundo as lições de seu autor, as seguintes conclusões:

- a) a natureza normativa dos princípios, os quais, juntamente às *regras*, integram o ordenamento jurídico, que é composto de *normas-regras* e de *normas-princípios*;
- b) relativamente ao modo como prescrevem o comportamento, ao contrário das *regras*, que *descrevem* as condutas *devidas*, *permitidas* ou *proibidas*<sup>21</sup>, os *princípios* “prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se

<sup>18</sup> CANOTILHO, ob. cit., p. 273

<sup>19</sup> CANOTILHO, ob. cit., p. 1.151.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2005, p.70.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 63.

determinado comportamento for adotado”<sup>22</sup>; daí serem normas *imediatamente finalísticas*;

- c) os *princípios*, via de regra, têm caráter *prospectivo*, eis “determinam um estado de coisas a ser construído”<sup>23</sup>, impondo ao seu aplicador avaliar a *correlação* entre “os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido”<sup>24</sup>, ao passo que as *regas*, por descreverem uma hipótese fática já conhecida do órgão legiferante, possuem caráter *retrospectivo*, demandando do seu aplicador avaliar a *correspondência* entre a conduta hipoteticamente descrita na norma e o fato concreto que demanda a sua aplicação,<sup>25</sup>
- d) os *princípios* assumem função complementar e parcial (no sentido de não-abrangente) no processo decisório de aplicação do direito, na proporção em que, “[...] sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”<sup>26</sup>, enquanto as *regras* se caracterizam pela pretensão de abarcar todas as variáveis que condicionam o processo de tomada de decisão, de modo a produzir um resultado específico para a solução do problema<sup>27</sup>.

Existem princípios constitucionais que devido ao seu caráter geral e indeterminado demandam a existência de outros princípios para concretização ou densificação do seu conteúdo normativo. Os primeiros são denominados de sobreprincípios, ao passo que os segundos são chamados de subprincípios<sup>28</sup>.

O sobreprincípio interage com os seus subprincípios de maneira que, enquanto esses concretizam/densificam o conteúdo normativo daquele, delimitando o seu âmbito de

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 65-68

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 69

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 69

<sup>28</sup> Cf. CANOTILHO. op. cit., p. 1164-1165 e ÁVILA. op. cit., p. 78-80.

atuação, também têm o seu sentido delimitado pelo vetor interpretativo do princípio de maior abrangência (sobreprincípio)<sup>29</sup>.

Por exemplo, o (sobre) princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF) é concretizado, pelos (sub) princípios da soberania nacional (inciso I), da cidadania ou democracia (inciso II), da dignidade da pessoa humana (inciso III), da separação de poderes (art. 2º, da CF), da isonomia (art. 5º, *caput*), da legalidade (art. 5º, inciso II) e da soberania popular (parágrafo único do art. 1º da CF), dentre outros. De seu turno, a interpretação e aplicação desses princípios densificadores tem seus contornos delineados pelos valores que informam o (sobre) princípio do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, o (sobre) princípio do devido processo legal em seu duplo aspecto (procedimental e substantivo), cuja função é viabilizar uma efetivação mais intensa dos princípios da legalidade - do qual a liberdade é corolário -, igualdade, democracia e dignidade da pessoa humana, tem nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo), inafastabilidade do controle jurisdicional, contraditório e ampla defesa, motivação, proibição de provas ilícitas, dentre outros que informam o modelo de processo estruturado pela Constituição (devido processo legal procedimental), as normas condutoras de sua realização prática.

## **2 DA GARANTIA DE PROTEÇÃO JURÍDICA**

A convivência em sociedade por vezes gera situações em que o interesse de um ou mais indivíduos demandam para a sua satisfação uma conduta (omissiva ou comissiva) dos demais integrantes da sociedade.

Nem sempre as condutas necessárias à fruição de interesses alheios são realizadas espontaneamente, o que por vezes ocasiona um conflito intersubjetivo. Os conflitos intersubjetivos constituem-se em fator de desagregação social, motivo pelo qual, o

---

<sup>29</sup> Cf. CANOTILHO. *op. cit.*, p. 1157-1159; ÁVILA. *op. cit.*, p. 78-80.

Estado, premido pela necessidade de manter a coesão social, assumiu a tarefa de prever em normas abstratas as condutas devidas ou indevidas, tendo em vista a satisfação de determinadas necessidades, proibindo os seus cidadãos de tutelarem de mão própria seus interesses.

Como o exercício simultâneo, por parte de titulares distintos, das *liberdades individuais* divergentes não se revela possível, o Estado prescreve as regras a ser observadas em caso de colidência de *liberdades individuais*, preordenando de maneira abstrata e genérica, a solução do conflito intersubjetivo de interesses, isto é, predeterminando, diante de uma dada situação hipotética, qual interesse deve prevalecer.

Sobre a proeminência das regras de conduta impostas pelo Estado como mecanismos viabilizadores da vida em sociedade, Calmon de Passos assevera que:

No conjunto dos instrumentos de coerção, mediante os quais se logra, na convivência humana, a efetividade da regulação social, destaca-se o de que se valem as normas jurídicas e lhe dão especificidade – a *existência de uma sanção institucionalizada*, vale dizer, efetivável por atores sociais especializados para esse fim, legitimados para tanto e dispendo dos instrumentos de poder necessários para isso. A norma jurídica, conseqüentemente, tem como nota específica sua particular impositividade<sup>30</sup>.

A função estatal de regular, de maneira geral e abstrata, as relações intersubjetivas travadas em sociedade tem como objetivo principal a *prevenção* de conflitos que possam surgir da tentativa de um indivíduo de satisfazer seu interesse às custas da limitação da *liberdade individual* de outrem, que pode se recusar a contribuir, praticando a conduta obstativa do interesse alheio ou abstendo-se de praticar o(s) ato(s) propiciador(es) de sua realização (função legislativa).

A função de *proteção* acima referida é atribuição primacial do Direito e corresponde ao poder/dever atribuído ao Estado de conformar os interesses antagônicos resultantes da coexistência de *liberdades individuais*, as quais por vezes se excluem mutuamente.

---

<sup>30</sup> CALMON DE PASSOS. José Joaquim. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**, ed. 1ª. Rio de Janeiro:Forense, 2002, p. 9

O dever do Estado de proteger as pessoas que se encontrarem na situação fática qualificada pelo ordenamento jurídico (sistema de normas abstratas reguladoras da conduta dos indivíduos em sociedade) como a causa da obrigatoriedade da conduta de outrem restaria inócuo caso o próprio Estado não disponibilizasse aos seus cidadãos um *serviço* consistente: (a) num primeiro momento, no reconhecimento sobre ser devida ou indevida a conduta consistente na subordinação da vontade de um indivíduo à realização do interesse de outrem, para que, posteriormente, (b) o Estado impusesse a realização *coativa* dos efeitos preordenados pela norma abstrata ao caso concreto.

À função estatal de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses decorrentes da inobservância do direito objetivo por parte de um dos sujeitos envolvidos no conflito denomina-se Jurisdição. Tal função é cometida pelo sistema de separação ou divisão de poderes (*rectius*: funções) ao Poder Judiciário, cujo instrumento de atuação é o *processo*.

O fundamento da proteção dos direitos subjetivos que não emanam diretamente da Constituição decorre do princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Para Canotilho, a defesa dos direitos pela via jurisdicional vincula-se aos direitos fundamentais, porquanto toda pessoa tem “[...] assegurada uma *posição jurídica subjectiva* cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica”<sup>31</sup>. Para a realização de tal *mister* o Estado deve criar mecanismos aptos à defesa dos seus direitos subjetivos (quer decorram diretamente da Constituição, quer derivem de normas infraconstitucionais), eis que o dever de proteção jurídica constitui-se por si só em uma garantia fundamental do cidadão, a quem deve ser assegurado o acesso efetivo à Jurisdição.

As normas de conduta gerais e abstratas reguladoras das relações intersubjetivas, que resultam de uma decisão política do Estado tomada ao cabo de um procedimento

---

<sup>31</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. ed. 5ª. Coimbra: Almedina, 2002, p. 276.

previamente instituído pela Constituição (função legislativa), necessitam, para atuar em uma dada situação em que duas liberdades antagônicas tentam se excluir mutuamente (conflito intersubjetivo de interesses), de ser concretizadas mediante a edição “[...] da norma reguladora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias.”<sup>32</sup>

Para Zaneti, a sentença constitui-se em um “[...] ato de vontade, portanto criativo” do juiz, pelo qual “[...] exerce uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa”, consistente na “concreção da norma específica”<sup>33</sup>.

A edição dessa norma concretizadora, função atribuída pela Constituição ao Estado mediante o exercício da função jurisdicional, pressupõe, para sua legitimação perante a ordem constitucional que erigiu o Estado Democrático de Direito como modelo, um processo “que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos - sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”, porquanto “antes de o produto [provimento jurisdicional] condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto”<sup>34</sup>.

Portanto, em sendo a Jurisdição uma modalidade de atuação do Poder do Estado, necessário e indispensável se torna, que o exercício dessa atividade seja condicionado por diretrizes que conformem o modo de ser do processo – como instrumento de atuação do Poder Jurisdicional mediante a edição e realização da norma concretizadora da norma geral e abstrata - ao modelo de Estado Democrático de Direito que se encontra plasmado nas constituições contemporâneas, seja para (a) evitar que essa atividade se constitua em ato de arbítrio do detentor do poder em detrimento das *liberdades civis*, de maneira a assegurar a participação das partes em igualdade de

---

<sup>32</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 12 ago. 2006.

<sup>33</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: relações entre processo e constituição. In: Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 45.

<sup>34</sup> *Ibidem*.



condições na formação do provimento final, seja para (b) assegurar o restabelecimento da ordem jurídica violada, de forma que a atuação jurisdicional produza no mundo dos fatos, tanto quanto possível, uma situação idêntica ou assemelhada à que teria se verificado em caso de observância espontânea da norma jurídica concretizada pelo provimento jurisdicional.

Nesse mesmo diapasão, Cândido Rangel Dinamarco entende ser o *processo* instrumento de atuação da própria ordem constitucional, o que se dá mesmo naqueles casos em que o direito material a ser aplicado decorre diretamente de norma infraconstitucional, porquanto “[...] sempre que dá efetividade a algum preceito contido em lei ordinária, indiretamente o processo está servindo à Constituição, na medida em que aquele é necessariamente irradiação de preceitos e princípios constitucionais”<sup>35</sup>.

O citado autor entende que, em sendo o processo *um instrumento a serviço da ordem constitucional*, “[...] precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados”, eis que se constitui, na visão do mestre das arcadas, em um “[...] *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”<sup>36</sup>.

Tais condicionantes diretivas do exercício da atividade jurisdicional constituem-se nas garantias constitucionais do processo, as quais foram enunciadas na nossa Constituição de 1988 nos seguintes dispositivos:

Art. 5[...]  
 [...]  
 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;  
 [...]  
 LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;  
 [...]

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. ed. 3ª. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

<sup>36</sup> Idem, p. 25.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[...]

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Para Cândido Rangel Dinamarco, as *garantias constitucionais* do processo se caracterizam “como preceitos dotados de *sanção*, isso significando que a sua inobservância afetará de algum modo a validade ou eficácia do ato transgressor, o qual não pode prevalecer sobre os imperativos constitucionais”<sup>37</sup>.

No dizer de Canotilho,

Do princípio do estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do *procedimento* e do *processo*, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por **garantias gerais de procedimento e de processo**<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 4ª. edição revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. ed. Malheiros Editores. 2004, p. 195.

<sup>38</sup> CANOTILHO. op. cit., p. 274.

## CAPÍTULO II

### 3 DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

#### 3.1 DAS DIVERSAS FUNÇÕES DA SOBERANIA

Considerando que a finalidade precípua do novo modelo de Estado que exurgiu da Revolução Francesa – Estado de Direito em substituição ao Estado de Polícia - é a consecução do *bem comum*, impõe-se-lhe o dever de instituir mecanismos tendentes a “satisfazer a necessidade de segurança *protegendo* os direitos dos associados; satisfazer a necessidade de progresso *auxiliando* os cidadãos a se aperfeiçoarem”.<sup>39</sup>

Darci Azambuja conceitua o bem comum como sendo a “coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade”.<sup>40</sup>

Para que o Estado possa realizar a sua finalidade institucional, indispensável ter em vista que, ao mesmo tempo em que deva limitar o exercício da liberdade individual – limitação imposta pela necessidade de coexistência pacífica entre os indivíduos da sociedade política -, esse *poder* decorrente da *autoridade* estatal de impor limites também não deve ser exercido irrestritamente, de forma a propiciar uma invasão à esfera de liberdade individual que não encontre justificativa no interesse público de promoção do *bem comum*.

Para melhor atender ao objetivo de consecução do *bem comum*, a estrutura orgânica do Estado se baseia no modelo de separação de poderes (*rectius*: funções) idealizados por Montesquieu em sua célebre obra, “O Espírito das Leis”, onde as funções legislativa, administrativa e jurisdicional são cometidas a um complexo de órgãos distintos, porém e interdependentes.

---

<sup>39</sup> Gaston Sortais, *apud* Darcy Azambuja, *Op. cit.*, p. 127.

<sup>40</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. ed. 42<sup>a</sup>. São Paulo: Globo, 2002, p. 124.

Comentando acerca da divisão das funções estatais instituída pelo princípio da separação de poderes, Canotilho assevera que:

Embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da constituição, têm também caráter garantístico a *ordenação constitucional de funções* e o esquema de *controles interorgânicos e intra-orgânicos* dos órgãos de soberania. O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de *responsabilidade e controlo* entre os vários órgãos transformam-se em relevantes factores de observância da constituição.<sup>41</sup>

À função legislativa compete a edição de normas gerais e abstratas<sup>42</sup>, reguladoras das relações entre os indivíduos submetidos à autoridade estatal e entre esta e aqueles, de maneira a permitir, proibir ou impor um determinado comportamento.

A edição de atos materiais tendentes à concretização das normas gerais e abstratas que disciplinam a relação entre os particulares e o Poder Público e entre os diversos órgãos que o compõem, é característica que identifica o Poder Executivo.

Já à função jurisdicional (Jurisdição) compete a solução dos conflitos de interesses que se estabelecerem entre os membros da coletividade e entre estes e o Poder Público. A atuação do Poder Judiciário se dá mediante a concreção da norma abstrata ao caso concreto, de maneira a produzir no mundo dos fatos, tanto quanto possível, os efeitos que teriam se realizado, caso uma das partes pautasse sua conduta conforme o que prescreve o sistema normativo.

Cintra, Grinover e Dinamarco anotam que “o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem-comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*”<sup>43</sup>.

Chiovenda conceitua a jurisdição como

<sup>41</sup> CANOTILHO. op. cit., p. 881.

<sup>42</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. ed. 3ª. São Paulo: Malheiros, 1993, *passim*.

<sup>43</sup> CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. ed. 23ª. São Paulo: Malheiros, 2007, 31.

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva<sup>44</sup>.

Dinamarco define a atividade jurisdicional como a realização de uma “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.<sup>45</sup>

O direito material estabelece quais as relações intersubjetivas que merecem ser tuteladas pelo ordenamento jurídico. Em caso de não cumprimento espontâneo da conduta prevista pelo sistema como devida, é através da *jurisdição* que o titular do interesse violado pela transgressão obterá o resultado prático idêntico ou equivalente ao que teria se verificado em caso de observância espontânea do direito. Daí dizer-se que a atividade jurisdicional é *secundária*, “porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido *primariamente* exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação submetida à decisão”<sup>46</sup>; e *substitutiva*, haja vista que, consoante dito alhures, tem como escopo a atuação da vontade da lei ao caso concreto mediante a realização, independentemente do concurso da vontade do demandado - que nesse diapasão é substituída pela *vontade* do Estado-juiz de fazer atuar o direito objetivo -, que se sujeita aos efeitos decorrentes do provimento jurisdicional.

Acerca da função *jurisdicional* como garantidora da observância do ordenamento, Calamandrei nos ensina que:

Da *coercibilidade* do direito, fundada no estabelecimento dos meios práticos de *garantia jurisdicional* mediante os quais a coercibilidade pode, se preciso, transformar-se em coação efetiva, decorre que toda norma jurídica em sua completa formulação não contém apenas um mandado, dirigido aos cidadãos para que observem um certo comportamento no caso em que se verificarem

<sup>44</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 3ª Campinas: São Paulo, 2002, v. 2, p. 08.

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 309.

<sup>46</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I, ed. Forense, 12ª ed., p. 37.

determinadas circunstâncias previstas como possíveis, mas contém, além disso, explícita ou implicitamente, o anúncio (*a praeformata tutela* de Vico) daquilo que o Estado fará quando aquele mandado não seja concretamente obedecido; anúncio que depois se transforma na prática em outro mandado, secundário e acessório do primeiro, pelo qual o Estado ordena aos próprios órgãos (jurisdicionais) observar um certo comportamento se continuar sendo desrespeitado o primeiro mandado. Assim, com o fim de poder garantir pela força a observância prática do direito, toda norma jurídica pode, logicamente, decompor-se em um sistema de duas normas complementares, a primeira das quais (chamada *norma principal ou primária*) se direciona aos cidadãos, enquanto a segunda (normalmente chamada *de sancionadora ou sanção*) se dirige aos órgãos jurisdicionais do Estado. O nexos que tem lugar entre a norma primária, que estabelece uma regra de conduta para os cidadãos, e a norma sancionadora, que define o procedimento dos órgãos oficiais caso a conduta prescrita não seja observada concretamente, pode-se expressar dizendo que o fato específico legal da norma sancionadora é constituído pela hipótese da inobservância do preceito concreto nascido da norma primária. Observe-se que ao passar do primeiro para o segundo termo desse binômio o mandado contido na norma jurídica *muda*, por assim dizer, de *direção*: enquanto o mandado contido na norma primária se orienta à vontade do indivíduo para que ele tenha uma determinada conduta – o mandado contido na norma secundária se destina aos órgãos jurisdicionais para que coloquem em ação contra o indivíduo insubmisso os meios de coação estabelecidos<sup>47</sup>.

De seu turno, o instrumento de atuação da *jurisdição* é o processo, que deve ser enfocado sob dois planos que se justapõem: o externo, objetivo, concreto, do procedimento – sucessão coordenada de atos tendentes à solução do conflito de interesses (sentença de mérito) e o interno, subjetivo, abstrato, da relação processual, que se caracteriza pela alternância de *situações jurídicas* ativas (faculdades, poderes) e passivas (ônus, deveres) vivenciadas pelas partes durante a marcha do procedimento e que determinam quais os atos a serem praticados, seu conteúdo e forma<sup>48</sup>.

### 3.2 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Para Luciana Andréa Accorsi Berardi, a origem do *devido processo legal* remonta ao direito hebreu, segundo o qual a justiça exigia uma lei “justa e compassiva”. Na Grécia, Platão também sustentava que a *justiça universal* decorria da *natureza humana*, que

<sup>47</sup> CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**, segundo o Novo código Civil, Volume I, Estudos de Direito Civil. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2<sup>a</sup>.edição. ed. Bookseller. 2003, p. 120.

<sup>48</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2, p. 26-28.

impunha a edição de *regras sensatas* como meio de se chegar à *utopia* ou *boa vida*. Posteriormente, Aristóteles defendeu “a existência de uma sociedade equilibrada e pragmática, como sendo aquela em que o indivíduo faz escolha pelo certo e errado absolutos”, concepção que “tornou-se o preceito central da filosofia ocidental”<sup>49</sup>.

Os romanos adotaram e fizeram esparramar para o mundo ocidental a idéia de Justiça como princípio sagrado e universal cunhada pelos antigos hebreus. Dessa concepção derivaram dois princípios fundamentais: “aqueles que compartilham do direito precisam compartilhar também da justiça”; “aqueles servidos pela lei precisam ser servidores da lei de modo que possam ser livres”<sup>50</sup>.

Ainda segundo Luciana Andréa Accorsi Berardi, o conceito de *devido processo legal* adotado pelo sistema *comum law* inglês tem origem no direito romano, que, ao associar a idéia de Justiça dos antigos hebreus com o conceito de razoabilidade, erigiram a equidade e a imparcialidade como vetores da Justiça. Ao adotar essa combinação, o *comum law* inglês deu mais ênfase ao conceito de imparcialidade, que por sua vez se fundamenta na racionalidade, “pois para ser imparcial a pessoa precisa ser racional”<sup>51</sup>.

Augusto Amaral Dergint, por sua vez afirma que:

[...] o “devido processo legal” remonta a um edito de Conrado II (o “Sálico”), do século XI, reaparecendo, mais tarde, em 1215, na Carta ‘João Sem Terra’ (àquela época escrita em latim), sob a expressão *per legem terrae*, sucessivamente substituída pelas locuções inglesas *law of the land* e, finalmente, *due process of law*<sup>52</sup>.

Afirmando a origem germânica do *due process of law*, Ruitemberg Nunes Pereira também defende que referida garantia já teria sido prevista em um Decreto de Conrado II – Imperador do Sacro Império Romano-Germânico, fundador da dinastia franca, filho

<sup>49</sup> BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. **Interpretação Constitucional e o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Rio de Janeiro, n. 54, p. 211-275, jan./mar. 2006, p. 236-237.

<sup>50</sup> *Idem*. p. 237

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. **Aspecto Material do Devido Processo Legal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 709, 249-255, nov., 1994, p. 249.

do Conde Henrique de Speyer e Adelaide da Alsácia, eleito rei em 1024 e coroado Imperador do Sacro Império Romano-Germânico em 26 de março de 1027 -, editado em 1037 e que a Carta Magna teria apenas repetido, nessa parte, o mesmo trecho constante da ordenação germânica<sup>53</sup>.

Contudo, a maioria dos estudiosos do tema indica a Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra aos barões feudais em 15 de junho de 1215, como o primeiro documento que veiculou a concepção de *devido processo legal*; muito embora tal expressão só tenha surgido em um texto legal em 1354 (*Statute of Westminster of the Liberties of London*, de autoria desconhecida)<sup>54</sup>.

Um estudo acerca da origem da garantia do devido processo legal não pode prescindir da análise dos fatos históricos que antecederam à edição da Magna Carta.

No ano de 1066, os normandos, sob o comando do Duque William da Normandia, também conhecido pelo epíteto de “O Conquistador”, se apoderaram do território inglês. A partir daí instaurou-se um modelo feudal de organização política, cuja característica consistia na atribuição da posse das terras que compunham a Inglaterra aos barões normandos, ficando reservado ao Rei a propriedade de todo o solo<sup>55</sup>.

Desse momento em diante, o Rei William, bem como seus sucessores, Henrique I e Henrique II, passaram a governar a Inglaterra como déspotas. Porém, para se manter no poder, os reis tiveram que fazer concessões periódicas aos barões<sup>56</sup>.

Após a morte do sucessor de Henrique II, Ricardo “Coração de Leão”, assumiu o trono inglês, seu irmão, João “Sem Terra”, que não obstante promettesse solenemente um

---

<sup>53</sup> PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5-26.

<sup>54</sup> Cf. CASTRO, Siqueira de. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade e das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 10; DE MESQUITA, Gil Ferreira. **O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 17.

<sup>55</sup> DE MESQUITA. op. cit., p. 12-13.

<sup>56</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando da. **Devido Processo Legal (Due process of law)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 21.



bom governo aos barões feudais, adotou uma política de opressão e tirania, impondo aos nobres e aos comerciantes a cobrança de altos tributos para financiar as suas campanhas bélicas, confiscando propriedades para uso próprio, etc. Com essa forma de governar, João “Sem Terra” conseguiu angariar o descontentamento e a revolta não só dos nobres senhores feudais, mas a toda a nação, que clamava pelo respeito aos costumes e práticas do passado<sup>57</sup>.

Como se não bastasse, após a guerra com a França - na qual perdera os territórios da Normandia, onde muitos barões possuíam feudos -, ao se insurgir contra a nomeação do Arcebispo da Cantuária (Canterbury), foi excomungado pela Igreja Católica. Como no modelo medieval a aliança entre o poder temporal dos reis e o poder espiritual da Igreja era de fundamental importância para manutenção da ordem social, a ruptura da Igreja com o governo de João “Sem Terra” constituiu-se em mais um fator de desagregação da autoridade do Rei, que contribuiu para a consecução do pacto entre os senhores feudais e João “Sem Terra”, consubstanciado pela Magna Carta.

Descontente com o comportamento insubordinado de João “Sem Terra”, o Papa Inocêncio III assentiu a que a França, liderada por Filipe Augusto, empreendesse uma campanha bélica contra a Inglaterra. Para evitar a invasão francesa, João “Sem Terra” teve que transigir com a Igreja, curvando-se ao Papa<sup>58</sup>.

Porém, pouco depois, João “Sem Terra” arquitetou uma aliança com o Conde de Flandres e Oto de Brunswick, contra o Reino Francês. Os barões se negaram a acompanhar em uma aventura bélica um governante que tinha sido excomungado. Mesmo assim, João Sem Terra insistiu em dar seguimento a seus planos de guerra contra a França, tendo sido derrotado fragorosamente na Batalha de Louvines (1214). A

---

<sup>57</sup> Cf. DE MESQUITA. op. cit., p. 13; JULIANO, Sérgio Henrique Tiveron. **Devido Processo e o Fluxo do Tempo Legal**. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Franca, SP, n. 6, p. 167-185, mai. 2001, p. 167-168.

<sup>58</sup> Idem, p. 167.

derrota abalou o prestígio do monarca. Tal acontecimento foi o prenúncio da Magna Carta.<sup>59</sup>

Em 1215, o baronato, descontente com o governo de João “Sem Terra”, resolve dar-lhe um ultimato, apresentando-lhe a *defiance* ou *diffidatio*, “que todo vassalo devia representar a um soberano indigno antes de declarar-lhe guerra”<sup>60</sup>.

O Rei, que não tinha homens nem recursos financeiros para reagir à revolta do baronato, acabou cedendo às imposições dos nobres e em 15 de junho de 1215, assinou, em Runnymede, um documento denominado *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et barones pro concessione libertarum ecclesiae et regni Angliae*<sup>61</sup>, composto de 63 artigos, redigido em latim, onde fazia diversas concessões ao baronato.

Muito embora tenha se formalizado como instrumento de outorga unilateral do rei de direitos e prerrogativas aos nobres, “a Magna Carta constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais”.<sup>62</sup>

Em que pese a Magna Carta ser considerada o “embrião” dos direitos e garantias fundamentais hodiernamente reconhecidos pelos países que adotam o regime democrático de governo, foi concebida originalmente como um instrumento de preservação dos privilégios feudais ante o poder do soberano. Nesse diapasão é a lição de Cybele Oliveira:

Cumpra ainda ressaltar que a Magna Carta não possui o que podemos chamar de natureza constitucional, uma vez que “longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo,

<sup>59</sup> JULIANO, Sérgio Henrique Tiveron. **Devido Processo e o Fluxo do Tempo Legal**. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Franca, SP, n. 6, p. 167-185, mai. 2001, p. 168

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Carta magna das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês.

<sup>62</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres<sup>63</sup>.

Henrique III, sucessor de João Sem Terra, ratificou a Magna Carta em 1216, ato repetido por mais cinco vezes durante o seu reinado e trinta e uma vezes por alguns de seus sucessores ao trono inglês, sendo três por Eduardo I, quatorze por Eduardo III, seis por Ricardo II, seis por Henrique IV, uma por Henrique V e uma por Henrique VI<sup>64</sup>.

A garantia do *devido processo legal* estava prevista, muito embora não se referisse explicitamente a essa expressão, no artigo 39 da Magna Carta, cuja redação original era a seguinte:

*Nullus líber hommo capitur, vel imprisionetur, aut dissaisiatur, aut utlangetur, aut exultetur, aut aliquot ,odo destruat, nec super um ibimus, nec supere um mittimus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae.*

A garantia de um julgamento segundo as “leis da terra” (*per legem terrae*), que se constitui no antecedente direto do *devido processo legal*, tinha como objetivo assegurar os antigos privilégios dos barões contra o poder normativo do rei ou contra normas que não tivessem origem no direito consuetudinário comum da Inglaterra<sup>65</sup>. Ou seja:

[...] a cláusula assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários de terra (*estate holder*) a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra (*per legem terrae* ou *law of the land*). Tal significa dizer que esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *comum law*.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Cybele. **Devido Processo Legal**. Revista de Direito Constitucional e Internacional 32/176-192, p. 177/178

<sup>64</sup> Cfr. DE MESQUITA, Gil Ferreira, *op. cit.*, p. 14

<sup>65</sup> Cfr, Arturo Hoyos, p. 45-46.

<sup>66</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade e das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 10.

Ao reeditar a Magna Carta em 1225, Henrique III a reduziu de 63 para 37 artigos, passando a garantia do devido processo legal, ainda sob a denominação *per legem terrae*, a figurar no artigo 29 de referido documento.

Em 1354, na reedição promovida por Eduardo III, a Magna Carta foi vertida para o inglês, sendo a expressão *per legem terrae* sido substituída pela expressão *due process of law*<sup>67</sup>.

A garantia do *due process of law* foi estampada também na Petição de Direitos de 1627 (*Petition of Rights*), bem como no *Habeas Corpus Act* de 1640<sup>68</sup>.

Muito embora a garantia do *due process of law* tenha se originado na Inglaterra, foi nos Estados Unidos que ela adquiriu a envergadura atual, mercê do sentido e extensão atribuídos à cláusula pela Suprema Corte Americana, eis que, de instrumento de proteção do acusado no processo penal contra o arbítrio do Poder Jurisdicional (observância obrigatória do procedimento previamente estabelecido em lei), passou a ter seu campo de incidência estendido a todos os processos judiciais e administrativos (devido processo legal procedimental) e ao processo de formação das leis (devido processo legal substancial)<sup>69</sup>.

Na Inglaterra, ao contrário dos Estados Unidos, a base do sistema jurídico reside na supremacia do parlamento, motivo pelo qual a garantia do devido processo legal no direito inglês limitou-se ao aspecto formal ou procedimental, eis que lá não é permitido ao Judiciário o controle dos atos legiferantes.

As antigas colônias britânicas, que viriam a tornar-se a federação norte-americana, inseriram em suas declarações de direitos ou constituições, mesmo antes da

---

<sup>67</sup> HOYOS, Arturo. **La Garantia Constitucional del Debido Proceso Legal**. Revista de Processo. São Paulo, n. 47, jul/set. 1987, p. 46.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade e das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 382-383.

proclamação da independência, a garantia em comento sob a rubrica da *law of the land* (lei da terra)<sup>70</sup>.

O texto original da Constituição Norte-Americana, promulgada em 17 de setembro de 1787, não fez menção à garantia do devido processo legal, a qual só foi incorporada ao texto constitucional após a promulgação em 1791 das 10 primeiras emendas à Constituição (o *Bill of Rights* americano). A 5ª emenda estabelecia que:

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação<sup>71</sup>.

Posteriormente, em 1868, a 14ª emenda à Constituição americana estendeu de maneira expressa a obrigatoriedade de observância do *due process of law* também aos Estados da Federação, ao prescrever que: “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

A evolução da interpretação dada à cláusula do devido processo pela Suprema Corte, desde a sua concepção como meio de assegurar ao acusado um processo penal calcado no princípio do contraditório e da ampla defesa, da isonomia e do juiz natural e imparcial<sup>72</sup>, até a concepção hodierna de limite à atividade do legislador, pode ser dividida em três fases.

Na primeira fase, que vai de 1835 a 1890, a garantia é interpretada somente sob o enfoque procedimental, “tutelando direitos de liberdade contra procedimentos irregulares ou manifestamente únicos da parte do Executivo e do Judiciário

<sup>70</sup> Cf. DE MESQUITA. *op. cit.*, p. 18

<sup>71</sup> Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade e das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 30-31.

<sup>72</sup> CASTRO, *op. cit.*, p. 37.

(especialmente na esfera penal)<sup>73</sup>, tendo a Suprema Corte se pronunciado pela impossibilidade de o Judiciário se imiscuir nas decisões do Poder Legislativo veiculadas através da lei.

Esse entendimento foi mantido pela Suprema Corte, com exceção de alguns julgados em sentido contrário<sup>74</sup>, até 1890, quando se iniciou a fase substantiva do devido processo legal<sup>75</sup>.

O julgamento que se constituiu no marco inicial dessa nova fase foi o proferido no caso *Chicago Milwakee v. Saint Paul v. Minnesota*, no qual a Suprema Corte entendeu que o valor da tarifa paga pelo Poder Público ao particular pela prestação de serviços de transporte ferroviário se mostrava irrazoável, e por isso consistia em uma restrição indevida ao direito de propriedade do contratado sobre os bens destinados à realização do serviço objeto da contratação<sup>76</sup>.

Em 1897, ao julgar o caso *Allgeyer v. Louisiana*, a Corte Constitucional americana reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Louisiana que proibia a contratação de seguro marítimo com empresas seguradoras que não estivessem constituídas segundo as suas leis internas. Nessa ocasião entendeu a Suprema Corte que a vedação restringia a liberdade de contratar, contrariando a cláusula do devido processo legal.

Porém, o julgado mais emblemático dessa fase, que se constituiu em um verdadeiro *leading case* sobre o poder de a Suprema Corte rever a legislação de cunho econômico-social, foi o proferido no caso *Lochner v. New York*, no qual a Corte Suprema estadunidense invalidou uma lei do Estado de Nova Iorque que limitava a

---

<sup>73</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. **Aspecto Material do Devido Processo Legal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 709, 249-255, nov., 1994, p. 251.

<sup>74</sup> Cf. DERGINT, *op. cit.*, p. 251; CASTRO, *op. cit.*, p. 61-64.

<sup>75</sup> Cf. STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 154.

<sup>76</sup> CASTRO, *op. cit.*, p. 64.

jornada de trabalho dos padeiros, tipificando a infringência à referida lei como crime sujeito à pena de prisão.

Um proprietário de padaria chamado *Lochner*, condenado por descumprir essa lei, recorreu à Suprema Corte, que entendeu que “a garantia do *devido processo legal* assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, portanto, sem qualquer ingerência do Poder Público”, concluindo pela invalidade da norma em comento ao fundamento de que restringe a faculdade de contratar, liberdade individual resguardada pela 14ª Emenda Constitucional<sup>77</sup>.

A segunda fase da aplicação jurisprudencial do devido processo legal, embora acentue a faceta *material* dessa garantia, serviu de instrumento a serviço do conservadorismo liberal que se insurgia contra a legislação de cunho econômico-social intervencionista<sup>78</sup>.

No entanto, a partir da década de 30 do século passado, a Suprema Corte modificou o seu entendimento acerca da aplicação do *substantive due process of law* relativamente às políticas econômicas e sociais adotadas pelo governo federal e estados, veiculadas por intermédio de atos normativos editados pelo Poder Legislativo, restringindo o seu campo de incidência aos casos em que estivessem em jogo as liberdades individuais não-econômicas, “quais sejam, aquelas reputadas essenciais ao exercício da personalidade humana e, ainda, da cidadania” (liberdade de pensamento e de opinião, direito à informação, liberdade de imprensa, de religião, direito das minorias, liberdade de participação política, direito de votar e ser votado, direito de representar e fiscalizar os atos do Poder Público, direito à privacidade, etc.)<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>79</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. **Aspecto Material do Devido Processo Legal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 709, 249-255, nov., 1994, p. 251.

A Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Meyer v. Nebraska*, em 1923, já sinalizava pela aplicação da cláusula do *due process of law* para a salvaguarda dos direitos fundamentais de natureza não-econômica.

Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que o direito à informação não poderia ser restringido pelo legislador, eis que consistia em um direito fundamental albergado pelo devido processo legal substantivo. Sob esse fundamento, reformou decisão da Corte de Nebraska que condenara um professor (Meyer) por ter infringido uma lei estadual que proibia o ensino de outras línguas que não a inglesa<sup>80</sup>.

Em 1925, no caso *Pierce v. Society of Sisters*, a Suprema Corte, tutelando o direito de liberdade dos pais na direção da educação dos filhos, reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Oregon que “[...] além de proibir a existência de escolas particulares ou paroquiais, obrigava crianças entre oito e dezesseis anos a serem atendidas apenas em escolas públicas.”<sup>81</sup>

Em 1942, no caso *Skinner v. Oklahoma*, a Corte invalidou uma lei do Estado do Oklahoma que tornava obrigatória a esterilização de quem fosse condenado por três vezes consecutivas pela prática de crimes graves sancionados com a pena de reclusão. Segundo Siqueira de Castro, nesse julgamento, “[...] a Corte deixou patenteado que a liberdade de procriar constitui um direito fundamental e insubtraível, como tal merecedor da implícita proteção do *due process of law* de que trata a 14ª Emenda”<sup>82</sup>.

No caso *Poe v. Ullman*, o excelso tribunal norte-americano invalidou uma lei que proibia o uso de métodos contraceptivos, fundamentando sua decisão no direito à privacidade<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. ed. 4ª. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 61.

<sup>81</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 127.

<sup>82</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 61.

<sup>83</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira, op. cit., p. 127.



Porém os julgamentos mais paradigmáticos dessa atual fase de interpretação e aplicação do devido processo legal pela Suprema Corte foram os proferidos nos casos *Criswold v. Connecticut* (1965) e *Roe v. Wade* (1973).

No primeiro caso, a Corte declarou inconstitucional a lei do Estado de *Connecticut* que tipificava como crime o uso de meios contraceptivos de quaisquer espécies e reformou a decisão *a quo* que havia condenado como partícipes desse delito os médicos *Criswold* e *Buxton*, por terem prescrito para mulheres casadas remédios contraceptivos. O julgamento se fundamentou na proteção do direito à privacidade que deve pautar as relações entre os cônjuges<sup>84</sup>.

No caso *Roe x Wade*, a Suprema Corte invalidou uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto por considerá-la violadora do direito de privacidade, cuja amplitude albergava o direito de escolha da mulher de interromper a gravidez<sup>85</sup>.

Esse novo ciclo de decisões da Suprema Corte, que persiste até os dias atuais, constitui a terceira fase da interpretação e aplicação do devido processo legal: aquela da aplicação substantiva do *due process of law* a matérias não-econômicas, enaltecendo o dever do Judiciário de salvaguardar os direitos fundamentais – reconhecidos explícita ou implicitamente pela Constituição estadunidense - do arbítrio estatal.

Essa nova perspectiva jurisprudencial arrefeceu o *judicial review* no tocante à legislação econômica, privilegiando a discricionariedade do Legislativo e do Executivo na adoção dos critérios e na escolha e valoração dos fatos que serviriam de fundamento das decisões estatais acerca das políticas públicas, recrudescendo, de outro vértice, o controle de constitucionalidade das leis que impusessem restrições, implícita ou explicitamente, aos direitos reconhecidos no *Bill of Rights* estatuído pelas 10 primeiras emendas à constituição norte-americana.

---

<sup>84</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. ed. 4ª. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 61-62.

<sup>85</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 63-64.

Nesse caso, a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos normativos do Poder Público se inverteria, passando uma lei que restringisse um direito fundamental a ter sua legitimidade sob suspeição, circunstância que impõe ao Judiciário, na qualidade de guardião do texto constitucional, o dever de proceder a “um meticuloso exame judicial (*strict scrutiny*) ante a possibilidade, sempre presente, de eventuais e indesejáveis excessos”<sup>86</sup>.

O jurista paraense Orlando Bittar, em minudente estudo datado de 1951, no qual se debruçou sobre a evolução da interpretação e da aplicação da garantia do devido processo legal pela Suprema Corte americana, concluiu que “[...] o objeto da cláusula do *due process law*, como instrumento amplo de realização de justiça, é proteger os direitos mais sagrados do indivíduo – a vida, a liberdade, a propriedade – contra a ação arbitrária do Governo”, os quais poderiam, desde que “*debaixo de processo regular legal*”, ser restringidos ou abolidos, caso o interesse público assim o exigisse<sup>87</sup>.

Prosseguindo em seus estudos, Bittar elencou os *standards* erigidos pela Suprema Corte como meios de aferição da legitimidade da legislação infraconstitucional à luz da cláusula do *substantive due process law*. Ei-los:

*Rule of expediency* – por essa regra, deveria o Judiciário, diante de um ato estatal que limitasse o exercício dos direitos fundamentais, indagar se a medida restritiva era realmente necessária para se alcançar uma finalidade pública determinada<sup>88</sup>.

*Balance of Convenience* – diz respeito à “[...] proporção eqüitativa entre o grau de intervenção da lei nos direitos dos particulares e a vantagem coletiva superveniente, avaliação ultra-sensível que a Corte fará *in casu*”<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade e das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 70-71

<sup>87</sup> BITAR, Orlando. **A Lei e a Constituição**. In: Obras Completas de Orlando Bitar, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 556.

<sup>88</sup> Idem, p. 557.

<sup>89</sup> Ibidem.

*Rule of reasonableness* – por tal critério a Corte analisava se a finalidade da legislação restritiva de um direito individual mostrava-se razoável; se os meios utilizados eram razoáveis; bem como se tais meios guardavam “uma *proporção substancial* e razoável com os fins da lei [...]”; e, por derradeiro, se a lei não impunha “*limitações irrazoáveis* sobre a liberdade de contrato ou os direitos adquiridos (vested rights)”<sup>90</sup>. Tal regra sintetiza o princípio da razoabilidade das leis, sobre o qual se assenta a própria definição do *due process of law* cunhada pela Suprema Corte.

*Rule of certainty* – as leis deveriam delimitar de forma clara e precisa as restrições por elas impostas aos direitos individuais<sup>91</sup>.

### 3.3 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, a garantia do devido processo legal só veio a ser prevista expressamente na Constituição de 1988.

A primeira Constituição do Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 1824, continha, em seu art. 179, que compunha o Título 8º, “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, embora não enumerasse expressamente em seus incisos o *devido processo legal*, enunciava em seu inciso XI, textualmente que “ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior e na fôrma por ella prescripta”. Para Paulino Jacques, citado por Gil Ferreira de Mesquita, a cláusula do *due process of law* estaria inserida em referido dispositivo constitucional<sup>92</sup>.

A garantia do devido processo legal também poderia, sob a égide da Constituição de 1824, ser inferida das disposições que garantiam a independência do Poder Judiciário como órgão independente (inc. XII); vedavam a criação de tribunais de exceção (inc.

---

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Idem, p. 558.

<sup>92</sup> DE MESQUITA, Gil Ferreira. **O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, *op. cit.*, p. 39.

XVII) e - especificamente na esfera penal - conferiam garantias contra prisões arbitrárias (incs. VIII. IX e X).

No entanto, na prática, “não há registro histórico no sentido de que, ao tempo da Constituição imperial outorgada por D. Pedro I, em 1824, haja o direito brasileiro tomado conhecimento do instituto do devido processo legal, senão vaga, nebulosa e, imprecisamente, na área criminal procedimental”<sup>93</sup>.

A Constituição de 1891, na Seção II, do Título IV, sob a rubrica “Declaração de Direitos”, também previu no parágrafo 15, do art. 72, a garantia de um julgamento proferido pela autoridade judiciária competente (princípio do *juiz natural*), segundo os procedimentos previamente estabelecidos, além de alargar o rol das garantias do acusado no processo penal (parágrafos 13, 14 e 16 do art. 15). Dessas garantias merece destaque a que assegurava ao acusado “a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela”.

O art. 72, § 16 da Constituição de 1891 tinha a seguinte redação: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

A efêmera Constituição de 1934 manteve, sem alterações substanciais, as garantias ao acusado no processo penal (art. 113, incisos 21, 22 e 24), preservando também as garantias, estendíveis a todos os litigantes em geral, da proibição de Juízo ou Tribunal de exceção (inciso 25) e aquela segundo a qual “ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita”, a partir da qual poder-se-ia extrair o *due process of law*.

Com a instauração do Estado Novo, em 10 de novembro de 1937, foi outorgada a nossa quarta Constituição, que se limitou a repetir as garantias aplicáveis ao processo

---

<sup>93</sup> DA SILVEIRA, Paulo Fernando. *op. cit.*, p. 28.

penal inseridas na Carta Política de 1934 (art. 122, inciso 11), sem fazer menção à garantia do juiz natural e a de um julgamento segundo um procedimento previamente estabelecido pela lei.

Após a queda do Estado Novo, com a redemocratização do país, surgiu a necessidade de uma nova ordem constitucional. Com esse desiderato foi formada em 1945 a Assembléia Nacional Constituinte, que em 18 de setembro de 1946, promulgou a quinta Constituição brasileira.

A Constituição de 1946, além de manter em seu bojo as garantias formalmente conferidas pela Carta de 1937 ao acusado no processo penal (art. 141, parágrafos 20, 21, 22 e 25), restabeleceu as garantias do *juiz natural* e a de um procedimento previamente estabelecido pela lei (parágrafo 27), bem como a que vedava a criação de júízo ou tribunais de exceção (parágrafo 26).

No entanto, a grande novidade trazida pela Constituição de 1946 foi a previsão, no parágrafo 4º do art. 141, da garantia de *inafastabilidade do controle jurisdicional*, dessa forma expressa: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Já naquela época, alguns doutrinadores, a exemplo de Pinto Ferreira e José Frederico Marques, citados por Gil Ferreira de Mesquita<sup>94</sup>, entendiam que a garantia do *devido processo legal procedimental* encontrava abrigo no dispositivo da Constituição de 1946 acima citado.

Merece ser destacado também, que San Tiago Dantas, em estudo realizado na vigência da Constituição de 1946, já àquela época defendia a tese segundo a qual a

---

<sup>94</sup> *Op. cit.*, p. 41.

aplicação entre nós da garantia do *substantive due process law* como instrumento de controle de constitucionalidade das leis derivava do princípio da igualdade<sup>95</sup>.

A Constituição de 1967 repetiu em seu art. 150, parágrafo 4º, a mesma redação do art. 141, parágrafo 4º, da Constituição de 1946, dispositivo também repetido pela Constituição de 1969, em seu art. 153, parágrafo 4º<sup>96</sup>.

Cumprе frisar que a garantia da *inafastabilidade do controle jurisdicional* foi sensivelmente restringida pela redação dada pela Emenda Constitucional n. 07/77 ao art. 153, parágrafo 4º da Constituição de 1969, eis que a partir de então o legislador ordinário estava autorizado a editar atos normativos que condicionassem o ingresso em juízo ao prévio exaurimento das vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido.

Muito embora alguns expoentes da doutrina pátria tenham, desde a vigência da Constituição de 1824, advogado no sentido de que - a despeito de não ter sido expressamente prevista em nenhuma das Cartas Políticas anteriores à Constituição de 1988 - a garantia do *devido processo legal* podia ser inferida do sistema de proteção dos direitos individuais estabelecidos nos Textos Constitucionais que precederam o atual, a aplicação do *due process of law* pelos nossos tribunais limitou-se à esfera procedimental criminal.

A Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, além de manter as garantias processuais da inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural e da vedação de tribunais de exceção, ampliou o espectro de incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa - antes adstritos à esfera penal - e previu expressamente, no art. 5º, inciso LIV, a garantia do devido processo legal.

---

<sup>95</sup> DANTAS, C. F. San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, abril. 1948.

<sup>96</sup> Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 646, 33-40, ago. 1989, p. 37-38.

### 3.4 DA DUPLA DIMENSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Inicialmente, consoante dito no item 3.2, a Suprema Corte americana entendia que a aplicação da cláusula do *due process of law* restringia-se tão-somente aos procedimentos jurisdicionais de natureza penal. Com o passar do tempo, o pensamento do excelso tribunal estadunidense acerca do devido processo legal foi evoluindo gradativamente, desde a admissibilidade de sua incidência aos processos não-penais, até o entendimento segundo o qual seria possível, com supedâneo nessa garantia constitucional, o controle pelo judiciário da *razoabilidade* ou *racionalidade* dos atos administrativos e da lei.

Portanto, da análise da evolução da interpretação dada pela Suprema Corte estadunidense ao *due process of law*, podemos dizer, transportando-a para o nosso sistema jurídico, que referida garantia se apresenta como um limite à atuação do Poder Público (Judiciário, Legislativo e Executivo), que vise à supressão ou restrição da vida, liberdade e propriedade.

Com efeito, podemos asseverar que o princípio-garantia do devido processo legal (quer seja no seu aspecto procedimental ou substantivo) também, juntamente com os princípios da isonomia, da participação democrática do cidadão, da legalidade e da separação de poderes constitui-se em um (sub)princípio densificador/concretizador do (sobre)princípio do Estado Democrático de Direito, porquanto propicia ao cidadão o controle e participação nos atos de poder (decorrentes do exercício de qualquer das três funções da Soberania) que representam uma intervenção – efetiva ou potencial - na sua esfera de liberdade individual.

Nesse sentido é a assertiva de Paulo Henrique dos Santos Lucon, para quem, “[...] em termos gerais, a garantia do devido processo legal diz respeito aos princípios da

igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição, que são inerentes à democracia moderna”.<sup>97</sup>

### 3.4.1 Do Devido Processo Legal Procedimental

Os limites à atuação dos Poderes Judiciário e Executivo (exceto quanto aos *atos de governo* e os decorrentes de função regulamentadora) são implementados por meio da instituição prévia de um processo cuja instauração, desenvolvimento e conclusão devem se dar em estrita observância a determinadas garantias processuais.

Maria Rosynete Oliveira Lima, citando *Jonh E. Nowak* e *Ronald D. Rotunda*, elenca a série de garantias que compõem o *due process of law*:

(1) informação adequada da acusação, ou dos fundamentos da ação estatal; (2) um juiz imparcial; (3) uma oportunidade de fazer uma apresentação oral ao juiz; (4) uma oportunidade de apresentar provas ou testemunhas ao juiz; (5) uma chance de confrontar e inquirir as testemunhas ou provas usadas contra o indivíduo; (6) o direito de ter um advogado que apresente o caso ao juiz; (7) uma decisão apoiada nos arquivos, com uma exposição das razões para a decisão<sup>98</sup>.

Arturo Hoyos, ao pesquisar sobre a garantia do devido processo legal nos Estados Unidos e em outros países, concluiu que:

[...] la garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso – legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas – oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse a respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=6](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

<sup>98</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 101.

<sup>99</sup> HOYOS, Arturo. **La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal**. Revista de Processo. São Paulo, n. 47, jul/set. 1987, p. 64.



A inserção no texto constitucional de 1988 do devido processo legal dispensaria por si só - em virtude do delineamento dos contornos da cláusula do *substantive due process of law* prevista na Constituição dos Estados Unidos que lhe conferiu a Suprema Corte desse país – a enunciação expressa das garantias que o compõem<sup>100</sup>.

Sobre a opção do legislador constituinte em explicitar o conteúdo da garantia do devido processo legal, é oportuno citar Cássio Scarpinella Bueno, para quem

[...] o princípio do devido processo legal é considerado por boa parte da doutrina como “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento” de todos os valores ou concepções do que se entende por processo justo e adequado, isto é, como representativo suficiente de todos os demais indicados na Constituição Federal e, em geral, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência. Optou a Constituição brasileira, no entanto, por distinguir expressamente diversos componentes do devido processo legal pelo que é fundamental seu exame mais detalhado. Trata-se de uma explícita opção *política* do direito brasileiro quanto à previsão *expressa* de uma série de princípios do processo civil, ainda que eles possam, em cada caso concreto, ter incidência conjunta. A incidência deve ser louvada e bem compreendida. A Constituição Federal brasileira, ao indicar expressamente, qual é o conteúdo *mínimo* do “devido processo legal”, não permite que qualquer intérprete ou aplicador do direito reduza o seu alcance e sua amplitude sem que isto incida em flagrante (e direta) inconstitucionalidade<sup>101</sup>.

A Constituição Federal de 1988 elenca como garantias processuais inerentes ao *due process of law*, as quais constituem seu “conteúdo mínimo”, as seguintes: necessidade de dar tratamento isonômico às partes; inafastabilidade do controle jurisdicional; contraditório e ampla defesa; juiz natural; vedação da instituição de tribunais de exceção; proibição de provas obtidas por meios ilícitos; duração razoável do processo; publicidade dos atos processuais; motivação das decisões judiciais.

Nélson Nery Júnior sintetiza os elementos da garantia do *due process of law* da seguinte forma: “a) igualdade das partes; b) garantia do *jus actions*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório”<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 7ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42-43.

<sup>101</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 105.

<sup>102</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 7ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a garantia do devido processo legal se “desdobra” nas seguintes garantias processuais:

a) de acesso à Justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e) da prestação jurisdicional dentro de um prazo temporal razoável<sup>103</sup>.

As garantias processuais que decorrem do *due process of law* e estão expressamente previstas na Constituição podem ser classificadas como (sub)princípios, porquanto possuem a função de viabilizar a concreção do (sobre)princípio do devido processo legal na sua dimensão procedimental, o qual, por sua vez orienta e direciona a aplicação dos (sub)princípios que lhe são correlatos<sup>104</sup>.

### 3.4.2 Do Devido Processo Legal Substantivo

O controle da função legislativa e do poder regulamentar da Administração Pública exercido pelo Judiciário se fundamenta na dimensão substantiva do devido processo legal.

Da regulação de determinadas condutas pelo Estado, pode decorrer a restrição ou limitação de um direito ou garantia individual. Em alguns casos a restrição pode decorrer da opção do legislador pela prevalência do interesse público em detrimento de um direito individual, ou pela supremacia, em determinada situação, de um direito fundamental em face de outro de igual magnitude.

Nesse caso, compete ao órgão que atua a função jurisdicional - a quem incumbe o controle de constitucionalidade dos atos normativos -, ao examinar se a restrição imposta pelo legislador quando externou a sua opção pela prevalência, diante da

<sup>103</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia da Prestação Jurisdicional sem Dilações Indevidas como Corolário do Devido Processo Legal**. In: Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

<sup>104</sup> Cf. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Op. cit., p.181-182; ÁVILA, Humberto., op. cit., p. 81-82.

ocorrência *in concreto* da situação abstrata por ele previamente estabelecida, de um direito (ou garantia) fundamental em detrimento de outro, perquirir se essa restrição se constitui no meio (a) mais idôneo ao alcance do fim visado pela norma; (b) menos oneroso possível ao cidadão; (b) bem como que se as vantagens verificadas com o emprego do meio para o atingimento da finalidade objetivada pela norma superam os prejuízos advindos da restrição infligida.

Esse método de verificação da conformidade da discricionariedade legislativa com as diretivas traçadas pelos princípios e garantias constitucionais fundamentais é estruturado pelo princípio da proporcionalidade, o qual é composto dos (sub)princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais demandam do intérprete e aplicador do direito verificar se a norma restritiva obedeceu os ditames elencados no parágrafo anterior.

Pode ocorrer, também, que o ato normativo geral e abstrato erija como critério excludente ou abrangente do campo de irradiação de seus efeitos um elemento que não justifique, pela falta de congruência entre este (o meio escolhido) e a finalidade perseguida pela norma, a disparidade ou identidade de tratamento imposta.

A aplicação *in concreto* do devido processo legal substantivo é estruturada pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais autorizam o Judiciário a perquirir acerca da constitucionalidade de um ato normativo que imponha a restrição a um direito ou garantia fundamental (princípio da proporcionalidade) ou erija como critério de delimitação da esfera de incidência de uma regra de conduta um elemento que não guarde correlação lógica com o fim objetivado pelo legislador ao incluir ou excluir determinada situação da incidência dos efeitos preordenados da norma (princípio da razoabilidade).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como veremos no decorrer do trabalho, tem se utilizado das duas expressões para designar o mesmo princípio. A doutrina também faz menção aos dois termos indistintamente. Suzana Toledo de Barros, em

aprofundado estudo sobre o *princípio da proporcionalidade* assevera que este, “[...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o *princípio da razoabilidade* dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito”<sup>105</sup>.

No entanto, entendemos que, embora ambos os princípios tenham como função a efetivação da garantia do devido processo legal no seu aspecto substantivo, possuem, consoante dito alhures, conteúdo e campo de incidência diversos.

#### 3.4.2.1 Do Princípio da Razoabilidade

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, que previu expressamente a garantia do devido processo legal, San Tiago Dantas<sup>106</sup> já defendia, sob a égide da Constituição de 1946, que o *substantive due process of law* podia ser inferido, no nosso ordenamento constitucional daquela época, do princípio da igualdade. Esse princípio constitucional veda ao legislador a edição de leis individuais e de efeitos concretos ou que dispensem tratamento diferenciado, com fundamento em critérios desarrazoados ou irracionais, a pessoas que se encontrarem em determinadas situações.

O erudito pensamento desse grande jurista pátrio pode ser condensado na seguinte passagem de seu pioneiro estudo sobre a possibilidade de aplicação no Brasil do princípio do *substantive due process law*:

Se analisarmos os casos em que as leis diferenciadoras ou classificadoras ferem o nosso sentimento jurídico, e merecem o nome de arbitrárias, e os casos em que nos parecem corresponder a um agrupamento razoável de casos ou pessoas, logo percebemos que o nosso juízo se forma exclusivamente sobre a base de um exame subjetivo do valor igualitário da lei. Sempre que a diferenciação feita corresponde, no nosso sentir, a um *reajustamento proporcional de situações desiguais*, a lei satisfaz os requisitos da lei justa [razoável]. Sempre que a diferenciação não corresponde a um reajustamento

<sup>105</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. ed. 3ª. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 59.

<sup>106</sup> DANTAS, C. F. San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, abril. 1948, *passim*.

desse, patenteia-se o caráter de lei arbitrária, contrária ao direito, e um tribunal americano se recusaria a ver nela *the law of the land*.

[...]

Basta que a diferenciação nela [lei] fira o princípio da igualdade proporcional, isto é, que não se justifique como reajuste de situações desiguais. Desse modo a lei arbitrária que a Corte Suprema não considera *due process of law*, também não é aplicável pelo Supremo Tribunal Federal, por infringir o princípio da igualdade perante a lei<sup>107</sup>.

Em recente estudo acerca do princípio da razoabilidade das leis, Siqueira de Castro, disserta com propriedade que:

[...] a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre *meio e fim – mens-end relationship*, segundo a nomenclatura norte-americana da norma classificatória - não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de “*razoabilidade*” e “*racionalidade*”, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses da sociedade política

[...]

Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo das decisões de caráter normativo, à nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada.

[...]

Tais limites são sobremodo necessários no contemporâneo Estado intervencionista, onde a autonomia dos indivíduos e da coletividade são alvo permanente de um poder regulamentar voraz e difuso. A intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas enfatiza a necessidade de se imporem às regras de direito padrões limitadores do arbítrio ou do puro capricho, exigindo-se, enfim, uma receita de coerência e de plausibilidade na atuação do editor normativo, esteja ele sediado no Poder Legislativo ou nas multiformes agências do Executivo. Com isso, os atos do Poder Público curvam-se aos reclamos da razão, sujeitando-se, em seu mérito, ao questionamento quanto à congruência

---

<sup>107</sup> DANTAS, C. F. San Tiago. Igualdade perante a lei e “*due process of law*”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, abril. 1948, p. 366-367.

entre *meios e fins*, que deve cumpridamente fundamentar a intromissão estatal na esfera de autonomia privada.<sup>108</sup>

O princípio da razoabilidade, que concretiza a garantia do devido processo legal substantivo, impondo limites à discricionariedade do exercício da função estatal de editar normas gerais e abstratas reguladoras das condutas sociais que impliquem tratamento homogêneo para situações distintas<sup>109</sup> ou diferenciado para situações assemelhadas<sup>110</sup>, tem sua aplicabilidade intimamente relacionada à *igualdade substancial*<sup>111</sup> enquanto *valor* edificante do Estado Democrático de Direito.

#### 3.4.2.2 Do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, também chamado de *proibição do excesso*<sup>112</sup>, decorre do pensamento segundo o qual os direitos e garantias fundamentais devem sofrer a mínima restrição possível. Tal restrição só justifica pela coexistência de direitos fundamentais cujo exercício, tendo-se em vista uma dada situação, implica necessariamente uma limitação ao exercício de outro direito de igual magnitude. Para solucionar esses conflitos, o intérprete e aplicador do direito deverá sopesar, diante de um caso concreto, os direitos ou garantias fundamentais colidentes, a fim de que possa decidir qual deles deve prevalecer.

Nesse sentido é a lição abalizada de Cássio Scarpinella Bueno, *verbis*:

A “regra da proporcionalidade” fornece critérios os mais objetivos possíveis que deverão ser empregados para solucionar os impasses de *preponderância* dos diversos princípios jurídicos em cada caso concreto. E esta regra que deve ser

<sup>108</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. ed. 4ª. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145/147.

<sup>109</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. ed. 4ª. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145.

<sup>110</sup> Idem, p. 146

<sup>111</sup> Cf. DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed. 22ª. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131-132; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 6ª. edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 340-341.

<sup>112</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. ed. 5ª. Coimbra: Almedina, 2002, p. 266-267.

utilizada em todos os casos em que o intérprete ou o aplicador do direito não conseguir compatibilizar os princípios conflitantes<sup>113</sup>.

Prossegue o ilustre jurista, concluindo que:

Assim, é correto o entendimento de que os princípios jurídicos têm de conviver entre si; não para se excluir reciprocamente. Sua aplicação em cada situação da vivência do direito dá-se pela mera *preponderância* (momentânea) de certos valores mais evidentes por eles representados. O método de constatação de qual princípio deve prevalecer em cada caso concreto repousa na “regra da proporcionalidade”. Sua escorreita aplicação depende da qualidade da motivação das decisões jurisdicionais<sup>114</sup>.

Essa escolha deve ser precedida da análise da restrição imposta pelo editor normativo, que deverá perquirir se a restrição apresenta-se *adequada*, enquanto meio dirigido ao alcance de uma finalidade preestabelecida; *necessária*, diante da inexistência de meios menos gravosos para o titular do direito individual restringido pela norma; *proporcional em sentido estrito*, requisito que se verifica pela conclusão de que as vantagens advindas da imposição da medida restritiva superam as desvantagens decorrentes da restrição de um direito ou garantia fundamental. Essas três etapas nas quais se decompõem o procedimento consistente em se verificar se a restrição a um direito ou garantia fundamental veiculada por determinada norma é autorizada pela Constituição consubstanciam o *princípio da proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade é composto de três (sub)princípios, os quais correspondem, respectivamente, às três etapas de raciocínio mencionadas no parágrafo anterior: (sub)princípio da *necessidade*; (sub)princípio da *adequação* e (sub)princípio da *proporcionalidade em sentido estrito*.

Daniel Sarmiento afirma que “o princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação de interesses constitucionais, pois o raciocínio que lhe é

---

<sup>113</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 100.

<sup>114</sup> Idem, p. 101.

inerente, em suas três fases subseqüentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação”<sup>115</sup>.

#### 3.4.2.2.1 Do (Sub) princípio da Adequação

Por esse princípio, procede-se à aferição da idoneidade dos meios escolhidos pelo legislador para a obtenção do resultado colimado.

Na lição de Suzana de Toledo Barros, “o controle intrínseco da legiferação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?”<sup>116</sup>

Luís Roberto Barroso anota que “essa exigência de conformação ou adequação dos meios aos fins, que já era presente na construção norte-americana do princípio da razoabilidade, é ponto de consenso entre autores distanciados geograficamente”<sup>117</sup>.

O (sub)princípio da adequação encontra seu paralelo na doutrina do *rule of reasonableness*, elaborada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao interpretar a cláusula do *due process of law*. Segundo Orlando Bittar, por esse *standard* perquire-se

[..] se a finalidade para a qual a lei foi promulgada era razoável, se são empregados meios razoáveis para alcançar o seu objetivo, se tais meios guardam uma proporção substancial e razoável com os fins da lei e se esta não impõe limitações irrazoáveis sobre a liberdade de contrato ou os direitos adquiridos (*vested rights*)<sup>118</sup>.

Deverá o juiz, ao aferir se uma dada norma restritiva de um direito ou garantia fundamental apresenta-se consentânea com o (sub)princípio da adequação, indagar se

<sup>115</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.

<sup>116</sup> Idem, p. 78.

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. ed. 2<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 207.

<sup>118</sup> BITAR, Orlando. **A Lei e a Constituição**. In: Obras Completas de Orlando Bitar, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 557.



a medida restritiva constitui-se em meio apto e idôneo ao alcance da finalidade pública perseguida pela norma.

#### 3.4.2.2.2 (Sub)princípio da Necessidade

Suzana de Toledo Barros resume o princípio da necessidade da seguinte forma:

O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Assim, explicam-se os dois núcleos (ou subprincípios) a que LERCHE referiu-se: o meio mais idôneo e a menor restrição possível.<sup>119</sup>

Ou seja, a verificação da observância desse princípio decorre da conclusão de que, diante de uma determinada situação, “nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”<sup>120</sup>.

Ao analisar acerca observância de tal princípio, dever-se-á ter em conta a inexistência de “outra medida menos gravosa – *menor restrição* – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou melhor resultado – *meio mais idôneo*”<sup>121</sup>.

A Suprema Corte americana também entende que a restrição aos direitos reconhecidos, explícita ou implicitamente, no *Bill of Rights* só se legitimam se comprovada a necessidade da medida (*rule of expediency*)<sup>122</sup>.

#### 3.4.2.2.3 (Sub)princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

A aplicação do (sub)princípio da *proporcionalidade em sentido estrito* impõe que toda intervenção legislativa sobre direitos e garantias individuais deva observar se existe

<sup>119</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. ed. 3ª. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 81.

<sup>120</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito Constitucional**. ed. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50.

<sup>121</sup> BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 82.

<sup>122</sup> BITAR, Orlando. op. cit., p. 557.

uma relação de equilíbrio ou proporcionalidade entre o sacrifício imposto ao titular do direito individual objeto da restrição e os resultados pretendidos pelo legislador, ou seja: o juiz ao analisar, em um dado caso concreto, se a limitação a um direito ou garantia fundamental encontra-se consentânea com referido princípio, deve proceder a um [...] sopesamento das vantagens e desvantagens ocasionadas pela restrição a um direito fundamental e a realização de outro direito fundamental que fundamenta a adoção da medida restritiva”<sup>123</sup>.

A aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é que propiciará ao juiz decidir, diante de um dado caso concreto, qual dos direitos fundamentais colidentes deve prevalecer: se aquele cuja realização se constitui no motivo da restrição imposta pela norma, ou o outro, aquele cuja realização foi obstada pela medida restritiva. Ou seja, deverá examinar se o prejuízo decorrente da restrição de um direito ou garantia fundamental pode ser justificado pela prevalência dos benefícios advindos da efetivação da medida restritiva.

A regra de julgamento do *balance of convenience* elaborada pela Suprema Corte americana também tem como escopo inquirir acerca da *proporcionalidade eqüitativa* entre a restrição imposta e a “vantagem coletiva superveniente”, acoimando de inconstitucional a medida restritiva que não guardar essa relação de proporcionalidade entre o meio adotado e o fim visado pelo legislador<sup>124</sup>.

### 3.4.2.3 Da Aplicação da Garantia do Devido Processo Legal no Controle de Constitucionalidade

#### 3.4.2.3.1 Do Controle de Constitucionalidade

O princípio da supremacia da Constituição impõe aos órgãos estatais que detêm a função de ordenação de condutas mediante a edição de normas gerais e abstratas, o

---

<sup>123</sup> ZOLLINGER, Márcia. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 109.

<sup>124</sup> BITAR, Orlando. op. cit., p. 557.

dever de observar, quando da consecução do seu *mister*, os princípios e regras integrantes da Carta Magna, de modo que a norma editada seja consentânea com os ditames constitucionais, sob pena de invalidade. Ou seja: “[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”<sup>125</sup>.

A Constituição Federal de 1998 cometeu ao Poder Judiciário a função de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, tendo adotado um sistema misto, onde subsistem, lado a lado, o controle *concentrado, abstrato, de efeitos erga omnes*, via ação direta, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal; e o controle *difuso, concreto, de efeitos inter partes*, via exceção, que pode ser exercido incidentalmente, em qualquer processo, por qualquer órgão jurisdicional.

Os mecanismos erigidos pelo ordenamento constitucional como veiculadores do controle concentrado de constitucionalidade são os seguintes: (a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), (b) Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), (c) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), (d) Ação de Inconstitucionalidade por Omissão; (e) Ação de Inconstitucionalidade Interventiva. Destas, somente a ADIn, a ADPF e a ADC têm a aptidão de expungir do ordenamento jurídico o ato normativo infraconstitucional que for reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como contrário à Constituição. Portanto, nosso estudo cingir-se-á à ADIn, ADC e ADPF.

A legitimação para a propositura das ações afetas ao controle abstrato de constitucionalidade está elencada de forma taxativa - não admitindo a inclusão de outros co-legitimados - na Constituição Federal nos incisos do art. 103 (ADIn) e, no que se refere à ADC, no parágrafo 4º deste dispositivo constitucional. Já o art. 2º, I, da Lei n. 9.822, de 3 de dezembro de 1999, confere legitimidade para o ajuizamento da ADPF aos legitimados para propor a ADIn.

---

<sup>125</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed. 22ª. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

A competência para processar e julgar essas ações é atribuída pela Constituição com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I – Adin e ADC; e seu parágrafo primeiro – ADPF).

As decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade possuem o atributo da *ambivalência* ou *duplicidade*, ou seja: em caso de improcedência da ADin, o ato normativo atacado será declarado constitucional, ao passo que, em caso de julgamento de improcedência da ADC, o ato normativo que constituía seu objeto será declarado inconstitucional, e, via de conseqüência, retirado do ordenamento jurídico.

Tal característica das decisões proferidas nas ações de controle abstrato de constitucionalidade resulta da regra do art. 24 da Lei nº9.868/99, *verbis*:

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Acerca do tema, Gilmar Mendes, em lição que se reporta à da ADin, mas que pode ser estendida, *a contrario sensu*, também a ADC e a ADPF, leciona que:

[...] ao contrário do que se verifica em alguns sistemas, o Supremo Tribunal não se limita a declarar a improcedência da ação, declarando expressamente a constitucionalidade da norma por maioria qualificada (seis votos), presentes pelo menos oito integrantes da Corte (RISTF, art. 143 c/c o art. 173)<sup>126</sup>.

As decisões de mérito proferidas em sede de controle abstrato de normas são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O Ministro Moreira Alves em voto proferido na ADC nº 1, cujo entendimento também se aplica à ADin, diferenciando a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante asseverou que:

---

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. ed. 3ª. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 289.

A eficácia *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em ambas essas ações as impõe a todos, mas é o efeito vinculante da decisão de mérito na ação declaratória de constitucionalidade que lhe permite, prontamente, defender a segurança jurídica com o respeito da ordem constitucional assegurado por esse meio de controle<sup>127</sup>

Ou seja, a eficácia *erga omnes* faz com que os efeitos da decisão sejam estendidos a todos, particulares e órgãos dos Poderes Públicos, mas é o *efeito vinculante* que garante a observância do julgado por parte dos órgãos do Poder Executivo ou Judiciário.

Não existisse o efeito vinculante, a inobservância do julgado proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade só poderia ser sanada via controle incidental - por via de exceção - quando do julgamento do Recurso Extraordinário, ou, excepcionalmente, por intermédio do Recurso Ordinário Constitucional.

Em decisão proferida na Reclamação Constitucional de nº 2.126, Gilmar Mendes discorre acerca da importância do efeito vinculante para a Jurisdição Constitucional. Vejamos:

[...] o efeito vinculante está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal [...] Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais<sup>128</sup>.

Já o controle difuso, também denominado de concreto e incidental, é aquele exercido por qualquer órgão jurisdicional, por provocação de qualquer dos interessados na solução do conflito intersubjetivo de interesses submetido à apreciação do Judiciário ou *ex officio*<sup>129</sup>. A arguição de inconstitucionalidade consubstancia uma questão prejudicial ao julgamento do pedido deduzido pelo autor.

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 1**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 2126/ES**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?s1=000223492&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?s1=000223492&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito Constitucional. ed. 3<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 245.

Vale lembrar, quanto ao controle difuso, que o artigo 97 da Constituição Federal prescreve que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

#### 3.4.2.3.2 Dos Precedentes do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal trata dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - concretizadores do devido processo legal substantivo - como se fossem idênticos, tendo se utilizado, em grande parte dos seus julgados, dos termos *razoabilidade* e *proporcionalidade* para se referir a ambos os princípios.

Aplicando especificamente o princípio da razoabilidade como critério de aferição da congruência lógica entre a diferenciação ou equiparação proposta pela norma e a finalidade para a qual foi instituída, entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao deferir a medida cautelar na Adin n. 1.158-8, cujo objeto consistia na declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Amazonas, a qual estendia aos servidores inativos o abono - previsto no art. 7º, XVII, da Constituição - de 1/3 sobre as férias, que “incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela destituída de causa”.<sup>130</sup>

Nesse caso, o excelso pretório entendeu que a equiparação promovida pelo legislador não obedeceu ao princípio da razoabilidade.

Embora não conste expressamente do acórdão, entendemos que a lei estadual que concedeu abono a todos os servidores indistintamente, sem diferenciar os ativos dos inativos, não se mostrava congruente, porquanto em sendo a percepção de tal vantagem justificada pela opção do constituinte em propiciar ao trabalhador - através do

---

<sup>130</sup> *Apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 94.

acréscimo de 1/3 sobre a sua remuneração no período de férias - o pleno gozo do mês de descanso a que tem direito uma vez por ano, não encontra justificativa plausível a extensão de referido benefício aos servidores que deixaram de trabalhar em virtude da aposentadoria.

Também com fundamento no princípio da razoabilidade, o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n. 2.019, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Mato Grosso do Sul que instituíra programa de pensão de um salário mínimo para crianças cuja concepção resultasse de estupro, assentou que:

Ato normativo que, ao erigir em pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas sim as circunstâncias em que foram eles gerados, contraria a princípio da razoabilidade, consagrado no mencionado dispositivo constitucional [art. 5º, LVI]<sup>131</sup>.

Em seu voto, o relator, Ministro Ilmar Galvão, transcreve trecho de outro voto proferido quando do julgamento da medida cautelar, no qual, após rejeitar o fundamento de que a inconstitucionalidade da lei impugnada residia na ofensa ao princípio da isonomia, consignou que:

De ter-se, portanto, por relevante a questão não pelos fundamentos expostos na inicial, mas por ofensa à norma do art. 5º, LIV, da Carta Magna, posto patente a ausência de qualquer razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei impugnada, ao tomar para pressuposto da concessão de benefício assistencial pelo Poder Público as circunstâncias em que foram eles gerados e não o estado de necessidade dos beneficiários, o que, indubitavelmente, não faz sentido<sup>132</sup>.

No entanto, em que pese o entendimento do relator de que a lei em comento promovia uma discriminação não autorizada pelo princípio da razoabilidade, entendemos que a afronta à razoabilidade advém do fato de a lei equiparar (e não discriminar) todas as situações em que o beneficiário da pensão for concebido a partir de um estupro, independentemente da condição financeira de sua genitora.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 2019/MS**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000275559&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000275559&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

<sup>132</sup> Ibidem.

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de aferir, aplicando o princípio da razoabilidade, acerca da constitucionalidade de lei que promove a discriminação de situações assemelhadas. Ao deferir a medida cautelar na ADIn n. 1.753-2 - proposta pelo Conselho Federal da OAB com o objetivo de invalidar a Medida Provisória n. 1.577/97, que ampliava o prazo decadencial da ação rescisória de dois para cinco anos - quando proposta pela Fazenda Pública, a nossa Corte Suprema entendeu que:

A igualdade das partes é imanente ao **procedural due process of law**; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar as dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo<sup>133</sup>.

No que toca especificamente à aplicação do princípio da proporcionalidade, embora tenha se utilizado da fórmula cunhada pelo direito francês do desvio de poder<sup>134</sup>, o nosso pretório excelso, em precedente que é citado pela doutrina como o primeiro no qual se aventou a possibilidade de limitação do poder legiferante<sup>135</sup>, assentou que:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1753-2**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?PROCESSO=1753&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=o&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?PROCESSO=1753&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=o&tip_julgamento=M)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. ed. 2<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 214.

<sup>135</sup> Cf BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. ed. 2<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 214-251; SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 91.



somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado<sup>136</sup>.

A decisão proferida no julgamento da Representação n. 930, que tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 4.116/62, a qual, a pretexto de regulamentar a profissão de corretor, estabeleceu exigências que, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, restringiam indevidamente o direito ao livre exercício profissional, também se inspirou no princípio da proporcionalidade. Em seu voto, o ministro relator consignou que:

A Constituição assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional. [...] Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julga-las legítimas ou não.<sup>137</sup>

Em outra ocasião, já sob a égide da atual Constituição, ao deferir a medida cautelar na ADin n. 855-2, o plenário do Supremo Tribunal Federal utilizou – fazendo-lhe menção expressa - como fundamento o princípio da proporcionalidade, em acórdão assim ementado:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição á vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada no arts. 22, IV e VI (energia e metrorologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso devir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 2ª.edição. ed. Saraiva. 1998, p. 215.

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp 930/DF**. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000023578&p=1&d=SJUR&f=i>. Acesso em: 2 jul. 2007.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 855/PR**. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000122770&p=1&d=SJUR&f=i>. Acesso em: 2 jul. 2007.

Ao apreciar o pedido de liminar na ADin n. 1.407, cujo relator foi o Ministro Celso de Melo, a nossa mais alta corte de justiça, embora tenha indeferido a medida cautelar, traçou em sua ementa a diretriz a ser observada na interpretação e aplicação da garantia do devido processo legal substantivo:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita a rígida observância da diretriz fundamental, que, encontrado suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF art. 5, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso do poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislativo<sup>139</sup>.

Posteriormente, entendeu o pretório excelso que a Medida Provisória n. 2.045-2, que suspendia, ressalvados os casos excepcionais nela previstos, o registro de armas de fogo afrontava o princípio da proporcionalidade radicado na garantia do devido processo legal substantivo, motivo pelo qual deferiu liminarmente a suspensão dos efeitos do ato normativo impugnado. Do voto do relator, Ministro Moreira Alves, destaca-se, pela sua pertinência, o seguinte trecho:

Restringe, de maneira tão drástica que praticamente inviabiliza, a comercialização de armas de fogo, especialmente no tocante ao comércio varejista, apesar de continuar ela lícita nesse período de suspensão de registro. Ora, sem necessidade de entrar no exame de todos os diversos dispositivos tidos, pela inicial, como violados, um me basta para conferir plausibilidade jurídica suficiente à concessão da liminar requerida: a da ofensa ao princípio do devido processo legal em sentido material (artigo 5º, IV, da Carta Magna). Com efeito, afigura-se-me desarrazoada norma que, sem proibir a comercialização de armas de fogo, que continua, portanto, lícita, praticamente a inviabiliza de modo indireto e provisório, o que não é sequer adequado a produzir o resultado

---

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 1407/DF**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000242908&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000242908&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

almejado (as permanentes segurança individual e coletiva e proteção do direito à vida), nem atende à proporcionalidade em sentido estrito<sup>140</sup>.

Recentemente, no julgamento da ADin 1.969-4, ocorrido em 28 de junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, declarou a inconstitucionalidade de um decreto editado pelo governador do Distrito Federal que limitava a liberdade de reunião e de manifestação pública, sob o fundamento de que a “restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung)”<sup>141</sup>.

Nessa decisão a nossa corte maior aferiu a legitimidade da restrição imposta pela norma impugnada à luz dos subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade.

### 3.5 CONCLUSÃO PARCIAL

De todo exposto, pode-se concluir que a garantia do devido processo legal, enunciada pelo inciso LIV, do art. 5º da Constituição Federal sob a forma de princípio, decorre do (sobre)princípio do Estado Democrático de Direito (do qual se constitui um de seus (sub)princípios concretizadores) e consubstancia-se em um mecanismo de controle da compatibilidade dos atos do Poder Público - no exercício de suas funções executiva (poder regulamentar) e legislativa - consistentes na edição de atos normativos gerais e abstratos que importem tratamento idêntico a situações desassemelhadas ou tratamento diferenciado a situações similares, bem como os que imponham ou autorizem - caso se configure no mundo dos fatos a situação abstratamente prevista na norma – a restrição ao exercício de um direito ou garantia fundamental sob o pretexto de viabilizar a atuação de um outro direito ou garantia fundamental com aquele

---

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 855/PR**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000122770&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000122770&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 1969/DF**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=0003479210&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=0003479210&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

incompatível. É essa a dimensão material ou substantiva do princípio-garantia do devido processo legal.

Nesses casos, como a incompatibilidade entre o ato normativo *sub examen* e a Constituição não decorre de ofensa direta ao seu texto, aferível *prima facie*, necessário e indispensável se torna a aplicação pelo Poder Judiciário - enquanto instância revisora dos atos normativos - dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que possa aferir se a classificação ou a medida restritiva a direito ou garantia fundamental imposta pela norma está em consonância com a garantia do devido processo legal substantivo.

A inobservância, por parte do titular da função de editar normas gerais e abstratas, da garantia do devido processo substantivo impõe ao Poder Judiciário, quer mediante o controle concentrado, quer por intermédio do controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, extirpando-a do ordenamento jurídico, no primeiro caso, ou deixando de aplicá-la na solução do conflito de interesses a ser solucionado, em se tratando do controle difuso.

Nos casos em que o Poder Público edita a norma individual a regular o caso concreto, quer solucionando o conflito intersubjetivo de interesses que lhe é submetido a julgamento (função jurisdicional), quer no exercício do poder de polícia ou do poder disciplinar que é inerente à atividade administrativa, a Constituição exige que esse provimento (jurisdicional ou administrativo) seja precedido de um processo onde sejam asseguradas aos interessados todas as garantias que compõem o devido processo legal procedimental ou formal.

Com supedâneo no que foi dito linhas acima, podemos dizer, com o auxílio de Carlos Augusto de Assis, que a definição da garantia do devido processo legal em sua dupla dimensão pode ser sintetizada como “[...] o conjunto de princípios e regras, combinados de forma harmônica e dirigidos a qualquer dos Poderes do Estado, que propiciam e

favorecem a plena consecução do escopo de *acesso a ordem jurídica justa*<sup>142</sup>, mediante o condicionamento do processo de elaboração da norma geral e abstrata e da norma individual e concreta à observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo) e das garantias constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, da proibição de provas ilícitas, da motivação das decisões judiciais e da publicidade (devido processo legal procedimental).

---

<sup>142</sup> ASSIS, Carlos Augusto de. **A Antecipação da Tutela**: (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67.

## CAPÍTULO III

### 4 DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

#### 4.1 DA JURISDIÇÃO

A expressão *jurisdição*, que etimologicamente significa *expressão ou dicção do direito*, provém da fusão dos termos latinos *juris* (direito) e *dictionem* (do verbo *dicere*: ato de dizer ou expressão).

Chiovenda conceitua a jurisdição como

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva<sup>143</sup>.

Dinamarco define a atividade jurisdicional como a realização de uma “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.<sup>144</sup>

Em complemento aos conceitos de Chiovenda e Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara, enfatizando as três funções da atividade jurisdicional (cognitiva, cautelar e executiva) relativamente ao direito material, aduz ser a Jurisdição “a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 3ª Campinas: São Paulo, 2002, v. 2, p. 08.

<sup>144</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 309

<sup>145</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, ed. 10ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 70.

Da análise das conceituações acima transcritas podemos concluir que a *jurisdição* possui as seguintes características ou atributos essenciais:

a) Estatalidade

A Jurisdição “[...] é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado”.<sup>146</sup> Ao exercer a Jurisdição, o Poder Estatal impõe *imperativamente* a solução do conflito intersubjetivo que lhe é submetido, e o faz com “[...] fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões (definição do poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade da anuência dos sujeitos”<sup>147</sup>, que assumem uma *posição jurídica* de sujeição que os impossibilita de evitar os atos jurisdicionais ou furtar-se à sua eficácia.

b) Substitutividade

O Estado-juiz ao exercer a atividade jurisdicional o faz de maneira a substituir a atividade da parte que não observou espontaneamente a norma jurídica aplicável ao caso concreto, afirmando, na tutela cognitiva, qual é a “vontade concreta da lei” (substituição da atividade intelectual das partes), ou mediante a prática de atos materiais que outorguem ao autor vencedor da demanda o resultado que ele obteria caso o réu tivesse adotado, espontaneamente, o comportamento previsto pelo ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a diferença essencial entre a atividade jurisdicional e a administrativa reside justamente nesta característica, presente na primeira e ausente na segunda. Para impor *imperativamente* à parte vencida os efeitos decorrentes do exercício da jurisdição em um dado caso concreto, o Estado-juiz se substitui à parte na atividade cuja prática é determinada pelo Direito, ou que só pode ser exercida pela via jurisdicional<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 3ª Campinas: São Paulo, 2002, v. 2, p. 9.

<sup>147</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 310.

<sup>148</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *op. cit.*, 11-15.

### c) Inevitabilidade

Conseqüência direta e óbvia da inserção da jurisdição no campo do poder estatal é a sua *inevitabilidade*, que outra coisa não é senão a inevitabilidade do próprio poder estatal como um todo, proclamada pela ciência política. O poder estatal não é exercido na medida em que o desejem ou aceitem os particulares, mas segundo os desígnios e decisões do próprio Estado, expressos pelos agentes regularmente investidos. A relação de *autoridade e sujeição*, existente entre o Estado e os particulares, é o fator legitimante da inevitabilidade do poder estatal e do seu exercício<sup>149</sup>.

### d) Definitividade (imunidade)

Dinamarco pontua que “das funções realizadas pelo Estado, é a jurisdição a única dotada do predicado da definitividade, caracterizado pela imunidade dos efeitos dos atos realizados<sup>150</sup>”.

Hermes Zaneti denomina essa última característica da Jurisdição de *irreversibilidade externa dos provimentos jurisdicionais*<sup>151</sup>.

## 4.2 DAS ETAPAS DA JURISDIÇÃO

Pode-se dizer, na esteira dos ensinamentos do Professor William Couto Gonçalves, que a *jurisdição* exercida através dos atos que compõem o processo, com vistas à efetivação da *tutela jurisdicional*, se apresenta - do ponto de vista de sua *operacionalidade* - sob modos diferentes, de acordo com as *etapas* desenvolvidas: desde o estado de inércia em que se encontra antes de ser provocada pela propositura

<sup>149</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 311-312

<sup>150</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., p. 313-314.

<sup>151</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: relações entre processo e constituição**. In: Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 47.



da demanda, até a efetivação da *tutela jurisdicional* – (a) etapas genérica e abstrata; (b) restrita e materializada; e (c) específica e eficaz<sup>152</sup>.

#### 4.2.1 Etapa Genérica e Abstrata

Antes de ser provocada pela propositura da demanda e sair do estado de inércia em que se encontra (fase pré-operacional), a *jurisdição* se caracteriza por sua *generalidade* (possibilidade de submeter aos seus efeitos um número indeterminado de indivíduos) e *abstração* (potencialidade para incidir sobre uma gama indeterminada de situações conflituosas).

No seu estágio pré-operacional, pode-se dizer que a *jurisdição* corresponde a um poder/direito do cidadão de invocar a *tutela jurisdicional*, cuja contrapartida corresponde ao poder/dever/função do Estado-juiz - decorrente da soberania nacional - de atuar o direito objeto nos casos concretos levados a julgamento<sup>153</sup>.

#### 4.2.2 Etapa Restrita e Materializada

A partir do momento em que a *jurisdição* é provocada com a apresentação da demanda ao juiz – ou excepcionalmente, *ex officio* – (fase operacional), ela sai do estado de inércia, generalidade e abstração no qual se encontrava para tornar-se *restrita* (a) às partes que figurarem no pólo ativo e passivo da demanda deduzida em juízo – ou, extraordinariamente, a todos ou a alguns dos titulares dos interesses em jogo, mesmo que não façam parte da relação processual (v.g. substituição processual, legitimidade autônoma do ministério público para a defesa de interesse meta-individuais) - e (b) à situação fática afirmada pelo demandante; *materializando-se* nos atos que se sucedem no *iter* procedimental consubstanciador do *processo*<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, *passim*.

<sup>153</sup> Idem, 40-41.

A etapa operacional da *jurisdição* tem como termo inicial a propositura da demanda - que pode se dar por iniciativa da parte ou *ex officio* - encerrando-se com o trânsito em julgado da sentença, devendo desenvolver-se com observância das seguintes garantias constitucionalmente asseguradas: direito de acesso à jurisdição; direito ao juiz natural, independente e imparcial; direito à subministração de todas as provas imprescindíveis à elucidação do fato; direito à observância das formas e dos prazos; direito ao tratamento paritário; direito à ampla defesa; e a decisões fundamentadas<sup>155</sup>.

#### 4.2.3 Etapa Específica e Eficaz

No que pertine ao estágio ou fase pós-operacional da *jurisdição*, William Couto Gonçalves leciona que:

A terceira etapa compreende o momento em que, trabalhada nos limites restritos do processo que se instaurou e que a garantiu operacionalizada, responde ao pedido (contencioso ou voluntário) tornando-se assim específica daquele caso e fazendo-se eficaz na medida em que atua na situação de fato que a fez provocada<sup>156</sup>.

Essa etapa de atuação da função/poder da *jurisdição* corresponde ao momento no qual a norma individual do caso concreto ditada pelo juiz para regular um dado conflito intersubjetivo de interesses adquire o atributo da imutabilidade (etapa específica) e atua através da prática de atos materiais tendentes à realização do comando sentencial na situação fática que a fez provocada (etapa eficaz).

#### 4.2.4 Conclusão Parcial

À guisa de conclusão, podemos afirmar que para que *tutela jurisdicional* – assim compreendida tanto à prestada ao autor, em caso de procedência do pedido, quanto ao réu, na hipótese de improcedência – seja realizada de maneira efetiva, como reclama o princípio fundante da dignidade da pessoa humana e as garantias que lhe são

---

<sup>155</sup> GONÇALVES, William Couto, ob. cit., *passim*.

<sup>156</sup> GONÇALVES, William Couto, ob. cit., p. 43.

instrumentais (devido processo legal procedimental e seus corolários), *mister* que as etapas nas quais se decompõe a função *jurisdicional* assegurem:

(a) em seu estágio pré-operacional - a amplitude de acesso à jurisdição, eliminando-se os óbices à *prestação jurisdicional*;

(b) na etapa operacional – a obtenção de um provimento justo, assim entendido aquele resultante de um processo onde seja assegurada, além a participação em contraditório dos titulares dos interesses conflitantes, todas as garantias processuais mencionados no item 4.2.2;

(c) na fase pós-operacional – a satisfação do direito material, propiciando, em caso de procedência do pedido, ao demandante o resultado - idêntico ou equivalente - ao que teria se verificado no caso de observância espontânea do ordenamento, através da utilização de mecanismos processuais, tais como a antecipação de tutela a *tutela específica* dos direitos correlatos aos deveres de fazer, não fazer e dar coisa diversa de dinheiro e a tutela coletiva dos interesses transindividuais, entre outros.

#### 4.3 DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

O art. 5º, XXXV, da CF consigna expressamente a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao dispor que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Consoante dito alhures, a primeira Constituição brasileira a veicular expressamente tal princípio foi a Constituição de 1946, sendo seguida pelas Constituições de 1967 e 1969.

Nélson Nery Júnior assevera que “embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não

pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”<sup>157</sup>.

O princípio em tela impõe ao legislador ordinário não só o dever de se abster de editar atos normativos que importem restrição da atividade jurisdicional, mas também o dever de elaborar leis que aperfeiçoem os meios de se obter uma prestação jurisdicional mais acessível e efetiva.

Destarte, o Poder Judiciário tem a responsabilidade de assegurar às partes o exercício pleno das garantias processuais conferidas pela Constituição e o dever de tornar efetivo o direito material aplicado ao caso concreto pela sentença.

A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional não se limita ao reconhecimento do direito afirmado em juízo, assegurando um acesso puramente formal à jurisdição. Ao contrário, tal garantia, interpretada sob a ótica dos direitos fundamentais, impõe ao órgão jurisdicional a realização, no caso concreto que lhe é levado a julgamento, dos efeitos decorrentes do provimento jurisdicional de mérito, de modo a satisfazer a pretensão do titular do direito material.

Essa visão é que mais se coaduna com a natureza do *processo* como mecanismo de solução dos conflitos intersubjetivos. Ora, quando o Estado resguardou para si - salvo em raras hipóteses em que é permitido ao titular de um direito material defendê-lo *spont sua* (v.g. legítima defesa e desforço imediato) – o monopólio da função de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses mediante a aplicação do direito material ao caso concreto, *limitou* a liberdade dos membros da sociedade política, impedindo que imponham *manu militari* a submissão do interesse alheio ao seu, ele assumiu, com o objetivo de preservar a ordem social, a *promessa* de resolver as situações conflituosas que lhe forem apresentadas.

---

<sup>157</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 7ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

Portanto, para a consecução do objetivo consistente na manutenção da ordem social, de nada adiantaria a intervenção do Estado-juiz no conflito intersubjetivo de interesses se dessa intervenção não resultasse nenhuma utilidade para o titular do direito material.

À promessa constitucional de proteção a um direito conferido pelo ordenamento jurídico deve corresponder uma resposta efetiva e adequada do Estado-juiz, de molde a restabelecer, o quanto for isso possível, a situação fática que vigeria caso a norma aplicável ao caso concreto tivesse sido espontaneamente observada. O cumprimento desse compromisso assumido pelo Estado identifica-se com a efetivação da *tutela jurisdicional*.

Ou seja, em caso de procedência da pretensão do autor, impõe-se ao juiz conferir ao destinatário da tutela jurisdicional o gozo da situação fática estabelecida na sentença. Em caso de improcedência da demanda, o titular da tutela jurisdicional passa a ser o réu, que terá assegurado em caráter definitivo a intangibilidade da sua esfera jurídica relativamente à situação fática objeto de apreciação judicial.

O processo como instrumento de efetivação da atividade jurisdicional deve ter como objetivo a realização prática do direito material aplicável ao caso *sub judice*. Em caso de improcedência do pedido, tal desiderato é alcançado tão-somente pela declaração de inexistência da relação de direito material a ser tutelada. Contudo, na hipótese de procedência do pedido, tal fim só é alcançado quando o provimento jurisdicional objeto do processo produz no mundo fático os efeitos almejados pelo autor ao deduzir sua demanda em juízo<sup>158</sup>.

Nesse sentido, podemos falar que a tutela jurisdicional só é obtida pelo vencedor da demanda (seja ele autor ou réu) e consiste, na hipótese de procedência, na entrega ao demandante do bem da vida por ele postulado (pedido mediato). No caso de improcedência, a tutela jurisdicional será outorgada ao réu mediante a certificação do

---

<sup>158</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 104-108.

Estado-juiz de que o seu interesse não pode ser subjugado pelo interesse do demandante e que, portanto, não pode ser atingido na sua esfera de liberdade individual relativamente à situação litigiosa cuja solução foi cometida ao órgão jurisdicional.

Nesse sentido, Dinamarco<sup>159</sup>:

Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.

Também Bedaque, nesse diapasão, define a *tutela jurisdicional* como “[...] a proteção que se dá a determinado interesse, por via jurisdicional, assegurando direitos ou a integridade da esfera jurídica de alguém”<sup>160</sup>.

A prestação jurisdicional deve se pautar pelo valor *efetividade*, ou seja, “é preciso que o titular de um direito lesado ou ameaçado possa obter a efetiva e tempestiva proteção estatal, pela via do processo jurisdicional”.<sup>161</sup>

Sobre o valor *efetividade* como vetor de um processo cada vez mais socialmente útil, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pontua que:

Nesta linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, insere-se o valor da efetividade, a ganhar cada vez mais destacado lugar nas preocupações da doutrina. Semelhante inclinação, nascida das reais necessidades da sociedade atual, além de se espriar horizontalmente, alargando o objeto da tutela jurisdicional, colabora ao mesmo tempo para a criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão aforada. Cuida-se de corrente sócio-cultural melhor afinada para a realização efetiva dos direitos, e assim superiormente

<sup>159</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1

<sup>160</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo*, p. 34.

<sup>161</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**, Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=216](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

preocupada com mais acurada tutela da liberdade e dos direitos constitucionalmente relevantes, notadamente os sociais, com destaque à defesa daqueles de natureza difusa ou coletiva<sup>162</sup>.

Tanto mais efetiva será a tutela jurisdicional quanto mais a atuação do Estado-juiz seja apta a proporcionar ao “titular do interesse juridicamente protegido” o resultado prático que mais se identifica com o que seria obtido com a observância espontânea do ordenamento jurídico por parte do réu<sup>163</sup>.

Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. Ou seja, a parte somente necessita pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito. Espera-se, pois, que essa atuação possa proporcionar ao titular do interesse juridicamente protegido resultado idêntico, ou, pelo menos semelhante, àquele previsto no ordenamento substancial e não obtido em decorrência da inobservância de uma conduta imposta pela lei.

Nesse diapasão, o emérito Professor William Couto Gonçalves aduz que:

Imprósperos seriam os discursos em torno dos direitos fundamentais com vistas à criação de princípios objetivos de respeitabilidade da dignidade humana, se descurasse o Estado de prover o cidadão do direito, como a jurisdição, de fazer valer tais princípios, caso inobservados no plano coexistencial com interferência intersubjetiva<sup>164</sup>.

Sobre a efetividade da tutela jurisdicional, Marcelo Lima Guerra, leciona que<sup>165</sup>:

A tutela jurisdicional se revela efetiva, ou eficaz, quanto menor for, dentro dos limites do praticamente possível, a diferença entre o resultado que ela proporciona à parte vitoriosa e o resultado que esta última obteria, em face do ordenamento jurídico, se não tivesse recorrido ao processo para obter esse mesmo resultado.

<sup>162</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Perfil Dogmático da Tutela de Urgência**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=483](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=483)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

<sup>163</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (tentativa de sistematização). ed. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2001. p.

<sup>164</sup> GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28-29.

<sup>165</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 10.

Portanto, é lícito concluir que a entrega da *tutela jurisdicional* ao titular do interesse juridicamente protegido pela norma material constitui-se em uma função/poder/dever de prestação a cargo do Estado-juiz que decorre de seu compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.



## CAPÍTULO IV

### 5 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Calamandrei, em meados do século passado, já lecionava que a garantia do contraditório resulta da característica *bilateral da ação*, eis que ao provocar a jurisdição o autor postula do Estado “uma providência que coloque em andamento uma *sujeição*, e por conseguinte, sempre pressupõe que perante quem pede a sujeição de outro (*autor*, no Processo Civil – *acusador* no Processo Penal) se encontra alguém que deve ser sujeitoado (*demandado*, no Processo Civil – *imputado*, no Processo Penal)<sup>166</sup>”.

No modelo de Estado instituído pela Constituição de 1988, a participação popular nos atos decisórios do Poder Público, quer seja direta ou indiretamente, por meio de representantes eleitos pelo povo, é exigência que se impõe.

A legitimidade dos *atos decisórios* proferidos pelos Poderes Legislativo e Executivo decorre da circunstância de a investidura nos órgãos que os compõem realizar-se pelo sufrágio popular, ao passo que para o Judiciário, o fator legitimante de sua atuação reside na participação da parte sobre cuja esfera a decisão irá repercutir – que no processo penal impõe que seja efetiva, mesmo contra a vontade do acusado, ao passo que no processo civil basta que seja assegurada a oportunidade de participar - na formação do provimento<sup>167</sup>.

Nesse diapasão é a lição de Fernão Borba Franco:

Verifica-se, de outro lado, além da observância do princípio da igualdade, a conformação com o valor *participação*, inerente ao regime democrático. Essa participação é que legitima o exercício do poder, no caso (embora, como já anotado, o contraditório e igualdade devem ser observados em todos os atos administrativos em sentido amplíssimo) e deve, por isso, ser efetiva.

<sup>166</sup> CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 2<sup>a</sup>. Campinas, SP: Bookseller, 2003, vol.

<sup>167</sup> FRANCO, Fernão Borba. **A Fórmula do Devido Processo Legal**. Revista de Processo. São Paulo, n. 94, p. 81-108, abr./jun. 1999, p. 84.

Prossegue o mencionado autor:

Ora, o poder estatal – jurisdição – é exercido por meio de um procedimento, que, para legitimar-se, necessário desenvolva-se em contraditório. Esta é exigência constitucional, decorrente do valor participação do povo no exercício do poder. A democracia exige participação, que, no caso da jurisdição, é exercida no processo pelo contraditório e pela igualdade<sup>168</sup>.

Isso porque, o Poder Jurisdicional demanda para a sua atuação uma série de atos, desde a provocação do interessado pela propositura da demanda até a edição do provimento de acolhimento ou rejeição da pretensão deduzida. À sucessão encadeada de atos, onde a realização de um ato pressupõe a prática de um anterior, denomina-se *procedimento*. Dos atos praticados no procedimento exsurgem uma série de situações ativas e passivas que regulam o comportamento do juiz e das partes, conferindo-lhes faculdades, deveres ou ônus. A esse conjunto de situações jurídicas corresponde o conceito de *relação jurídica*, que juntamente com o *procedimento* compõem a definição de *processo*. A Constituição traça o modelo de processo a ser seguido pelo Estado-juiz na consecução de seu *mister*, assegurando a observância das garantias fundamentais do processo.

Nesse sentido é a afirmação de Bedaque, *in verbis*:

O processo é a síntese do procedimento animado pela relação jurídica e realizado em contraditório: porque os sujeitos têm poderes, deveres, ônus e faculdades (relação jurídica), praticam atos que se sucedem (contraditório) e vão dando vida ao procedimento<sup>169</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também pontua que “[...] a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental”<sup>170</sup>.

<sup>168</sup> FRANCO, Fernão Borba. **A Fórmula do Devido Processo Legal**. ed. Revista de Processo n. 94. 93-108, p. 81.

<sup>169</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do direito Material sobre o Processo. ed. 4<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11-12.

<sup>170</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos fundamentais**, Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=216](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

Do direito fundamental de participação na produção do provimento jurisdicional, o citado autor infere o *princípio da colaboração*, que impõe às partes, ao juiz e todas as pessoas que tenham participado do processo o dever de interagir com boa-fé e lealdade<sup>171</sup>.

Essa participação se dá por intermédio da garantia do contraditório, princípio densificador do devido processo legal em sua dimensão processual, o qual pode ser sintetizado pela expressão *bilateralidade da audiência* e que impõe ao Judiciário o dever de assegurar à parte contrária a faculdade de se manifestar previamente sobre as alegações da outra que puderem lhe acarretar uma situação desfavorável.

Elio Fazzalari, em sua teoria do “módulo processual” diferencia o simples procedimento (gênero) do processo (espécie) pela presença neste último do *contraditório*. Para ele, “o ‘processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades<sup>172</sup>”.

Prossegue o citado autor:

Existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.<sup>173</sup>

Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o contraditório constitui, sem dúvida, elemento essencial ao fenômeno processual, especialmente pela imprescindível participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica”<sup>174</sup>.

Para Cândido Rangel Dinamarco,

---

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> *Op. Cit.*, 118-119.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 120.

<sup>174</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista de Processo. São Paulo, n. 73, p. 7-14, jan/mar., 1994, p. 7.

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia, plantada no mundo político, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição a lei, com a participação dos sujeitos interessados. Tem-se por ponto de partida a essencial distinção entre *atos de poder*, que atingirão a esfera jurídica de pessoas diferentes de quem os realiza; e *atos da vontade*, ou negócios jurídicos, que se destinam à *auto-regulação* de interesses (autonomia da vontade). A força vinculante destes tem origem e legitimidade na vontade livremente manifestada. A daqueles, na participação dos destinatários segundo as regras pertinentes<sup>175</sup>.

Delosmar Mendonça Júnior, em monografia específica sobre a garantia do contraditório e da ampla defesa, pontua que:

A participação do indivíduo na atividade jurisdicional propicia o exercício de defesa (limitando o poder estatal) e viabiliza a legitimidade do produto desta atividade, que é a atuação do ordenamento jurídico para concretização dos seus escopos político, social e jurídico na expectativa da realização da justiça<sup>176</sup>.

Nesse contexto, faz-se oportuna a transcrição do magistério de Cássio Scarpinella Bueno, *verbis*:

[...] o princípio do contraditório relaciona-se, intimamente com a idéia de *participação*, com *possibilidade* de participação na decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado de Direito [a democracia, completamos]. O que se deve destacar, a este respeito, é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado, *influenciar* – ou, quando menos, *ter condições reais, efetivas de influenciar* -, em alguma medida, na decisão a ser proferida.<sup>177</sup>

A garantia do contraditório impõe para sua realização a observância do binômio informação-reação, assegurando às partes o conhecimento da existência da demanda e de todas as suas particularidades, bem como de todos os atos processuais a serem realizados (informação), oportunizando-lhes uma reação apta a influenciar a formação do provimento que lhe imponha um prejuízo de ordem processual ou material.

<sup>175</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. ed. 5ª. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 124.

<sup>176</sup> MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

<sup>177</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 108.

Acerca do conteúdo da garantia do contraditório, Vicente Greco Filho assevera que “todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar, ou pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação<sup>178</sup>”.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a participação imposta pelo contraditório “torna-se criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito”, motivo pelo qual conclui que “o contraditório se exerce mediante *reação* aos atos desfavoráveis, quer eles venham da parte contrária ou do juiz: reage-se à demanda inicial contestando e à sentença adversa, recorrendo<sup>179</sup>”.

O contraditório impõe que os provimentos jurisdicionais (definitivos ou antecipatórios) que possam interferir na esfera jurídica de uma das partes só sejam editados após ser assegurada à parte sobre cuja esfera os efeitos da decisão irão incidir a oportunidade de deduzir alegações que se contraponham à pretensão de quem postula o provimento. Deverá o juiz, ao motivar sua decisão, apreciar os argumentos veiculados na contramanifestação, de maneira a propiciar aos destinatários do provimento a oportunidade de participar de sua formação.

Para que a parte possa interferir *eficazmente* na decisão, *mister* que seja informada previamente, dentro de um prazo razoável, da possibilidade da edição do provimento jurisdicional, assegurando-lhe a oportunidade de contramanifestação.

Nesse sentido é o pensamento de Arturo Hoyos, *verbis*:

Es obvio que para que las partes tengan oportunidad de tomar posición respecto de las manifestaciones, pretensiones o pruebas de la contraparte todas éstas deben ser puestas en conocimiento de aquélla de tal forma que se haga posible el contradictorio y se respete así la garantía constitucional del

---

<sup>178</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. ed.17<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 47.

<sup>179</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 217.

debido proceso legal. Si no se otorga a una parte la oportunidad efectiva de participar en un proceso dialéctico se viola la garantía que estudiamos.<sup>180</sup>

Ao comentar sobre o conteúdo do direito de defesa, Eduardo Couture, afirma que:

El precepto *audiatur altera pars* aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea su nota típica de alteridad o bilateralidad. El principio que “nadie puede ser condenado sin ser oído” no es solo una expresión de la sabiduría común. Es una regla necesaria del derecho procesal civil<sup>181</sup>.

Portanto, de tudo quanto foi exposto, se afigura lícito concluir que, em sendo a *jurisdição* uma garantia de proteção dos direitos subjetivos (quer decorram de normas constitucionais fundamentais, quer decorram do ordenamento infraconstitucional), impondo ao Estado-juiz, mediante provocação do interessado, a restauração ou asseguração do direito material violado ou ameaçado de violação, necessário se torna que assegure aos interessados a *participação* no processo de formação do provimento jurisdicional. Essa participação é assegurada pelo princípio do contraditório, que na lição de Leonardo Greco, síntese de tudo quanto foi exposto até o momento, “[...] significa que ninguém pode ser atingido por uma decisão desfavorável na sua esfera de interesses sem ter tido a mais ampla e concreta possibilidade de influir eficazmente na decisão [...]”<sup>182</sup>.

No entanto, prevê o ordenamento processual em algumas hipóteses excepcionais que o contraditório possa ser diferido para momento posterior ao da edição do provimento jurisdicional. Nesses casos, a postergação da garantia do contraditório encontra justificativa na necessidade de se resguardar a utilidade da tutela jurisdicional, que, diante de uma situação concreta de risco, precisa ser assegurada com a imposição de uma medida (satisfativa ou conservativa) que interfira na esfera jurídica da outra parte antes que lhe seja conferida a oportunidade prévia de contramanifestação.

<sup>180</sup> HOYOS, Arturo. **La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal**. Revista de Proceso. São Paulo, n. 47, jul/set. 1987, p. 77.

<sup>181</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. ed. 4<sup>a</sup>. Montevideo: Júlio César Fara, 2002, p. 79.

<sup>182</sup> GRECO, Leonardo. **A Teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 47.

## CAPÍTULO V

### 6 DA COLISÃO ENTRE A GARANTIA DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

Da existência simultânea dos direitos e garantias fundamentais pode, diante de determinado caso concreto, ocorrer de a realização de um direito ou garantia não se compatibilizar com o exercício de outro. Pela teoria dos *limites imanes*, que decorre da idéia de não-perturbação, cada direito ou garantia individual teria seu campo de incidência limitado pela existência de outros direitos ou garantias. Com essa idéia busca-se harmonizar a coexistência de direitos constitucionais conflitantes, evitando-se que a realização de um impeça ou restrinja demasiadamente a fruição de outro. Diante desses casos, deverá o legislador, ao elaborar a lei, ou o juiz, ao aplicá-la na solução de um dado conflito de interesses, lançar mão do princípio da proporcionalidade para, ponderando os valores constitucionais que se excluem mutuamente, optar pela prevalência de um em detrimento de outro<sup>183</sup>.

Ao legislador infraconstitucional, no exercício de sua função de densificador das normas constitucionais, é atribuído o dever de conformação dos direitos e garantias fundamentais, de modo a propiciar-lhes efetiva realização fática.

Contudo, ao exercer essa função, por vezes o legislador ver-se-á diante de uma situação em que dois ou mais direitos ou garantias fundamentais – atribuível a uma ou várias pessoas – não poderão, diante da verificação de determinadas circunstâncias de fato, existir mutuamente, eis que a observância de um implica a exclusão do outro e vice-versa.

Assim ocorre com a garantia do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional, eis que diante de determinadas situações, pode acontecer de, durante o lapso temporal exigido pela efetivação do contraditório prévio, sobrevir um fato –

---

<sup>183</sup> Cf. Suzana de Toledo de Barros, *op. cit.*, p. 170-172.

causado pelo demandado, por terceiro, ou produzido pela natureza – que possa colocar em risco a realização prática do provimento jurisdicional de mérito.

Muitas das vezes, a demora da entrega da prestação jurisdicional decorrente do tempo necessário à realização do contraditório conspira contra a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nesses casos, a *segurança jurídica* proporcionada pela participação das partes em contraditório na formação do provimento jurisdicional cede lugar à efetividade do processo como meio predisposto pelo Estado aos cidadãos para resolução dos conflitos intersubjetivos de interesses.

Nesse caso, o problema decorrente da colisão - momentânea e pontual - entre duas ou mais garantias fundamentais deverá ser solucionado pelo legislador, que decidirá, ao editar a norma genérica e abstrata, qual dessas garantias deverá prevalecer diante de determinadas situações previamente estabelecidas.

Ao prever as situações nas quais um direito ou garantia fundamental deva ceder lugar a outro, o legislador infraconstitucional pode fazê-lo de maneira abrangente (v.g art. 273, I e 804, ambos do CPC) ou específica, como o fez, por exemplo, ao elencar as hipóteses autorizadas do arresto cautelar (art. 813 do CPC).

Essa tomada de decisão do legislador deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário, a quem compete, no exercício do controle de constitucionalidade, avaliar se a restrição à garantia do contraditório imposta pela prevalência da garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional obedeceu aos limites impostos pelo *devido processo legal substantivo* - mediante a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - à intervenção do legislador no âmbito dos direitos e garantias constitucionais.

Pelo princípio da razoabilidade, o juiz aferirá se a diferenciação de pessoas que se encontrem em situação assemelhada à prevista na norma restritiva, ou a sua equiparação a pessoas que se encontrem em situação diferente daquela regulada pela



lei, se fundamenta em critério que guarde uma relação de congruência com a finalidade instituída pelo legislador.

Quando o juiz confrontar a restrição imposta com o princípio da proporcionalidade, deverá perquirir se a medida restritiva à garantia do contraditório se mostra *adequada* ao atingimento de sua finalidade – promoção da efetividade da tutela jurisdicional - (princípio da adequação); *necessária*, ante a inexistência de meios menos gravosos ao titular do direito ou garantia restringido (princípio da necessidade); e, finalmente, se os benefícios objetivados pela providência asseguradora da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional se justificam ante o prejuízo advindo da limitação do contraditório (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Essa aferição de correspondência entre a norma que impõe uma limitação a direito ou garantia individual e os princípios concretizadores do devido processo legal substantivo pode ser realizada via controle abstrato, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos.

Pode também o controle de constitucionalidade da norma restritiva ser realizado em caráter incidental, no momento da concretização da norma a regular um dado conflito intersubjetivo de interesses cuja solução as partes submeteram ao Poder Judiciário. Caso constate que o legislador infraconstitucional ao editar o ato normativo veiculador de limitação a direito ou garantia constitucionalmente assegurado não observou o devido processo legal substantivo, o órgão jurisdicional competente para dirimir o litígio *in concreto* deverá deixar de aplicar a norma sob exame.

Posteriormente, depois de constatada a constitucionalidade da norma restritiva, o órgão jurisdicional, no momento de sua aplicação, deverá se valer mais uma vez do princípio da proporcionalidade para aferir, no caso concreto que lhe é levado a julgamento, se a

medida prevista na norma mostra-se, diante do caso concreto, *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*<sup>184</sup>.

## 6.1 DAS TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Um dos graves problemas que afetam quase todos os países é a morosidade da justiça<sup>185</sup>. Mesmo em países mais avançados, esse problema é sentido, eis que entre a propositura da demanda até a obtenção do resultado prático determinado pelo provimento jurisdicional definitivo, uma série de atos processuais se sucede. Essa sucessão encadeada de atos que forma o procedimento decorre do valor *participação*, veiculado e assegurado pela garantia do contraditório, a qual para se realizar impõe a sujeição da jurisdição a um procedimento previamente regulado pela lei. Toda essa atividade consome uma razoável parcela de tempo.

Nesse sentido é a percuciente observação de José Roberto dos Santos Bedaque:

Essa é, sem dúvida, a grande preocupação do processualista contemporâneo. Compatibilizar a urgência com o tempo mínimo que o desenvolvimento do devido processo legal requer. Impedir que as garantias a ele inerentes acabem por transformar a tutela jurisdicional em promessa formal, sem qualquer utilidade prática para quem recorre à função estatal, cujo escopo é exatamente eliminar as controvérsias e alcançar a pacificação social, de forma eficiente, útil e eficaz<sup>186</sup>.

Durante o tempo consumindo pelo *iter* procedimental podem ocorrer situações que sejam causadas pelo comportamento da parte adversa, ou por fatores alheios à vontade desta, os quais podem contribuir para a ineficácia do provimento jurisdicional ou para a própria integridade do direito substancial cuja satisfação se postula.

<sup>184</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do Contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 146.

<sup>185</sup> Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do Processo sem Dilações Indevidas**. In: **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 234-252.

<sup>186</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (tentativa de sistematização), ed. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 85.

No primeiro caso, estamos diante do que a doutrina italiana denomina de *pericolo de infruttuosità* (risco de ineficácia do provimento jurisdicional de mérito) e no segundo trata-se do *pericolo de tardività* (perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito material vindicado)<sup>187</sup>.

Destarte, a própria demora na prestação jurisdicional já é um mal em si, eis que a postergação - até o trânsito em julgado da sentença de mérito favorável ao autor (no caso de tutela declaratória e constitutiva) ou a expropriação de bens do executado - da realização do direito substancial do demandante já é por si só causa de insatisfação, que conspira contra o escopo processual de pacificação<sup>188</sup>.

Nesses casos, embora não reste caracterizada uma situação de risco à ineficácia do provimento jurisdicional, não se pode olvidar que a demora na prestação jurisdicional prejudica o autor que tem razão, eis que a privação temporária do gozo e fruição de um direito em decorrência de um fato que não lhe pode ser imputado produz, por si só, danos ao demandante. É o que a doutrina denomina de *dano marginal*.

Comentando sobre o *dano marginal* decorrente da dilação processual, José Roberto dos Santos Bedaque leciona que:

A duração do processo pode contribuir para a insatisfação do direito, ou pelo menos para o agravamento dos danos já causados com o não adimplemento voluntário. Trata-se de dano marginal decorrente do atraso na atuação coercitiva da regra de direito material.<sup>189</sup>

Essa sensação de insatisfação se sobreleva ainda mais naqueles casos em que resta evidenciado *prima facie* ser aquele que provoca a atividade jurisdicional o titular do direito material afirmado, e, portanto, merecedor da tutela jurisdicional.

<sup>187</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, ed. 10<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 3, p. 37.

<sup>188</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. ed. 3<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 159-167.

<sup>189</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**, ed. 2<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 163.

Objetivando afastar os inconvenientes causados pelo transcurso do tempo necessário à realização da tutela jurisdicional perseguida, o legislador teve que criar mecanismos tendentes a (a) imprimir maior rapidez à prestação jurisdicional, sem limitação da atividade cognitiva do órgão jurisdicional, que se mantém plena quanto à extensão e exauriente quanto à profundidade do conhecimento do mérito da causa pelo juiz e (b) “apressar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou, para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa”<sup>190</sup>, prevendo hipóteses nas quais o juiz está autorizado a editar o provimento sem proceder a uma apreciação de todas as matérias passíveis de argüição (cognição parcial) ou sem que necessite se aprofundar no conhecimento do objeto litigioso, decidindo com base em juízo de probabilidade da existência do direito material a ser tutelado (cognição sumária).

No primeiro caso, estamos diante da sumarização do procedimento, também chamada de *sumarização formal*, já na segunda hipótese, trata-se de sumarização da cognição, também denominada *sumarização material*.

A sumarização do procedimento pode ocorrer de duas formas: (a) pela instituição de ritos especiais mais céleres que o ordinário, onde alguns atos processuais não essenciais seriam suprimidos ou realizar-se-iam de forma mais simplificada, bem como pela criação de meios tendentes a reduzir o tempo necessário à efetiva prestação jurisdicional; (b) pela técnica consistente em abreviar o rito ordinário, desde que ocorram situações que tornem despicienda a realização de alguma(s) etapa(s) do *iter* procedimental que compõe o processo.

Nesses casos, os meios instituídos pelo legislador para o implemento da efetividade processual mediante a aceleração ou abreviação dos ritos não representam nenhum tipo de limitação ou diferimento do contraditório, uma vez que “ficam reservadas todas as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente com relação ao contraditório”<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela e Efetividade do Direito**. Porto Alegre: Juris Síntese – IOB, mai/jun 2006. 1 CD-ROM.

<sup>191</sup> *Idem*.

Para análise da *sumarização da cognição*, necessário se torna o estudo da atividade cognitiva do juiz sob dois planos: o horizontal e o vertical.

No plano horizontal, a *cognição* se classifica em *plena e parcial* ou *limitada*. Por esse critério de classificação, cunhado por Kazuo Watanabe<sup>192</sup>, leva-se em consideração a amplitude do conhecimento do juiz, ou seja, será plena a cognição quando as partes puderem levar à apreciação do julgador todas as alegações que se relacionem com a relação de direito material objeto da demanda.

De outro vértice, será parcial ou limitada quando o procedimento estabelecer que determinadas matérias, mesmo sendo pertinentes à relação substancial afirmada em juízo, não poderão ser objeto da atividade cognitiva do magistrado. São exemplos de procedimentos de *cognição parcial*, citados por Watanabe, os seguintes: conversão de separação judicial em divórcio, embargos de terceiro propostos pelo credor com garantia real, busca e apreensão da lei de alienação fiduciária em garantia e desapropriação<sup>193</sup>.

Quanto à profundidade, a cognição judicial se divide em *exauriente e sumária*. Diz-se exauriente a atividade cognitiva do juiz que se fundamenta na investigação aprofundada dos fatos que compõem a relação de direito material deduzida em juízo. Ao reverso, a cognição sumária se caracteriza por um conhecimento superficial do juiz acerca da relação substancial sobre a qual se controvertem autor e réu.

De acordo com as necessidades impostas pelo direito material a ser tutelado, o legislador instituiu procedimentos que combinam a cognição parcial com a exauriente. Com efeito, a cognição exauriente pode ser *obrigatória* ou *necessária*, como nos exemplos acima citados, ou *eventual*, em que a cognição exauriente instaurada pelo contraditório depende de iniciativa da parte em face da qual a tutela jurisdicional é

---

<sup>192</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. ed. 2<sup>a</sup>. Campinas: Bookseller, 2000, p. 111-113.

<sup>193</sup> *Idem*. p. 112-113.

requerida<sup>194</sup>. É o que ocorre v.g no procedimento monitório (arts. 1.102a/1.102c do Código de Processo Civil), em que o mandado de pagamento pode se convolar em título executivo se o demandado não instaurar, pela interposição dos embargos ao mandado monitório, o contraditório com cognição exauriente; e no processo de execução, em que a propositura dos embargos à execução permitem a atividade cognitiva do juiz acerca da existência, validade e extensão da obrigação estampada no título executivo.

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que nos casos de tutela jurisdicional prestada mediante atividade cognitiva plena e exauriente, “o contraditório efetivo e equilibrado se realiza sempre antes do provimento, que se torna imutável, adquirindo a qualidade de coisa julgada formal e material”, ao passo que “a via da tutela sumária dispensa o contraditório antecipado, podendo a decisão ser proferida antes, relegado o exercício da ampla defesa a momento posterior”<sup>195</sup>. Em razão da profundidade da cognição realizada pelo juiz, pode-se afirmar que o julgamento no primeiro caso é de certeza, enquanto no segundo caso baseia-se na probabilidade<sup>196</sup>.

A limitação da atividade cognitiva do órgão jurisdicional imposta pela *sumarização material* pode realizar-se de duas formas: (a) pela instituição de uma modalidade de tutela jurisdicional, que apesar de baseada em cognição sumária, possui a aptidão para torna-se definitiva, adquirindo a qualidade de coisa julgada formal e material ou (b) pela possibilidade de o juiz editar provimentos jurisdicionais fundados em cognição não exauriente, com vistas a assegurar a eficácia da sentença de mérito contra o eventual comportamento lesivo do réu e/ou contra o efeito abrasivo do tempo necessário à completude da atividade cognitiva do juiz.

---

<sup>194</sup> *Idem*, p. 120.

<sup>195</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização** (Diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo). 2005. 599 f. Tese (Apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p.115.

<sup>196</sup> *Idem*, p. 116.

Esse provimento, de nítida natureza cautelar, pode ter cunho meramente conservativo, objetivando preservar a situação fática existente à época da propositura da demanda, evitando o risco de ineficácia do processo, ou caráter satisfativo, antecipando integral ou parcialmente os efeitos fáticos de uma eventual procedência da demanda, com vistas a conjurar o perigo de lesão grave ou de difícil reparação ao direito material cuja tutela se requer<sup>197</sup>.

Dentro da classificação acima citada, José Roberto dos Santos Bedaque, elenca como cautelares também os provimentos concedidos mediante cognição sumária para cuja concessão o legislador não condicionou à verificação de um perigo de dano concreto, contentando-se com o alto grau de probabilidade de existência do direito material vindicado (v.g liminar em ação possessória e mandado de segurança). Nesses casos, o dano é presumido pelo legislador e decorre da demora na prestação jurisdicional<sup>198</sup>.

## 7 DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Grande parte dos autores, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco<sup>199</sup>, Arruda Alvim<sup>200</sup>, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>201</sup> e Rogério Aguiar Munhoz Soares<sup>202</sup>, agrupam tais de medidas judiciais como espécies do gênero *tutela de urgência*.

Luiz Fux subdivide a *tutela de urgência* em *tutela cautelar*, *tutela de segurança* e *tutela da evidência*. A tutela cautelar seria aquela apta a resguardar a efetividade do processo principal mediante a adoção de medidas conservativas. A tutela de segurança teria como escopo preservar, mediante a antecipação total ou parcial da tutela final, a

<sup>197</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (tentativa de sistematização). ed. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 171.

<sup>198</sup> Idem, p. 266-267.

<sup>199</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Revista Jurídica. Porto Alegre, n. 286, p. 5-28, ago. 2001.

<sup>200</sup> ALVIM, Arruda. **Tutela Antecipatória: algumas noções** – contratos e coincidências em relação .... In: *Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 11-50.

<sup>201</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Perfil Dogmático da Tutela de Urgência**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=483](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=483)>.

<sup>202</sup> SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada: Tutelas de Urgência e Medidas Liminares em Geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

integridade do direito material a ser tutelado contra o perigo de dano decorrente da demora na prestação jurisdicional. Já na tutela da evidência o que se tem em conta é a antecipação da entrega da prestação jurisdicional em casos em que o direito se mostrar *evidente*, assim entendido aquele “cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”<sup>203</sup>.

O citado autor elenca como *direito evidente*, por exemplo, o “direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo” ou o que decorra de fatos tidos por incontroversos ou notórios no processo.<sup>204</sup>

## 7.1 DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS

O objeto de nosso estudo circunscrever-se-á aos *provimentos antecipatórios*. O predicado de *antecipatório* que se agrega ao termo *provimento* (que só pode ser o jurisdicional) para formar a expressão *provimentos antecipatórios* utilizada no presente trabalho, qualifica as medidas jurisdicionais que são concedidas antes de se assegurar à parte adversa o exercício do contraditório, *antecipando* o efeito (parcial ou total) do provimento final a ser proferido no processo jurisdicional, quer esse processo instrumentalize uma tutela de cognição sumária, realizada no bojo de um processo cautelar, quer constitua um processo de cognição plena e exauriente, no qual o provimento é proferido incidentalmente (tutela antecipada).

Utilizaremos nesse trabalho o termo *provimento* no sentido empregado por Dinamarco que o define como “ato imperativo de exercício do poder em situações concretas”<sup>205</sup>. Tal termo é empregado em sentido semelhante por Satta, que o define como: “la dichiarazione di volontà, emessa dal titolare de um officio nell esercizio di questo, avente per contenuto um autorizativo regolamento di interessi”<sup>206</sup>.

<sup>203</sup>FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311.

<sup>204</sup>*Idem*, p. 313.

<sup>205</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 147.

<sup>206</sup>SATA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Campinas: LZN, 2003, p. 285.



Adotaremos, para delimitação do assunto tratado no presente trabalho, a terminologia perfilhada por Adroaldo Furtado Fabrício. Em artigo específico sobre o tema, o processualista gaúcho prefere a expressão *provimentos antecipatórios* ao termo *liminar* para denominar os pronunciamentos jurisdicionais que antecipam a tutela cautelar ou definitiva para momento anterior à sentença<sup>207</sup>.

Essa antecipação pode realizar-se *liminarmente*, sem oitiva da parte contrária, ou em qualquer outro momento processual que anteceder à sentença. Para o autor, “em linguagem processual, a palavra [liminar] designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura”, identificando tal categoria não pelos critérios de conteúdo, função ou natureza da medida por ele veiculada, mas única e exclusivamente pelo momento de sua prolação, que deve ocorrer “antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação”. Ainda segundo referido autor, “o critério é exclusivamente topológico”<sup>208\_209</sup>.

Anota Adroaldo Furtado Fabrício ainda que pode haver “provimento judicial liminar” que não veicule uma medida antecipatória (da tutela cautelar ou de mérito) de caráter provisório ou temporário (característica inerente às tutelas antecipadas *lato sensu*), como ocorre nos casos de “indeferimento da petição inicial *in initio litis*”<sup>210</sup>.

Calmon de Passos, identificando o *provimento liminar* com a *antecipação de tutela* afirma que “toda liminar é antecipação de tutela, porquanto se dá, de logo, aquilo que seria deferível após determinado procedimento. E a tutela que se adianta liminarmente tanto pode ser de natureza cautelar quanto de natureza substancial”<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares**. <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo54.doc>> Acesso em: 8 ago. 2006.

<sup>208</sup> *Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares*

<sup>209</sup> Nesse mesmo sentido: Rogério Aguiar Munhoz Soares, *op. cit.*, p. 155-156; Betina Rizzato Lara, *Liminares no Processo Civil*, p. 20-22.

<sup>210</sup> *Ibidem* nota 188.

<sup>211</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Inovações no Código de Processo Civil, Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 8-9.

Ratificando tal entendimento, Rogério Aguiar Munhoz Soares, conceitua as liminares como “provimentos judiciais emitidos no curso do processo e que produzem efeitos dirigidos a assegurar ou realizar o direito afirmado pela parte no processo”<sup>212</sup>.

Os provimentos que antecipam tanto os efeitos da tutela cautelar quanto os efeitos da tutela satisfativa, embora não produzam os mesmos resultados com relação ao autor, se encarados do ponto de vista do demandado, não se diferenciam substancialmente quanto ao resultado.

Comparando-se a antecipação da tutela cautelar com a antecipação da tutela meritória ou satisfativa, sob o prisma do autor, conclui-se que “a cautela não lhe acrescenta de imediato nada ao ativo jurídico, salvo a segurança”, ao passo que a antecipação *satisfativa* “outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito”. Ou seja, “a cautela só confere ao autor a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro; a antecipação [*satisfativa*] o coloca desde logo em condições de fruir dele”<sup>213</sup>.

Já quando a mesma análise é procedida sob a ótica do demandado, o que se verifica é que “em ambos os casos [antecipação *cautelar* e *satisfativa*] o demandado perde”, vez que “em regra, tanto a tutela antecipatória [*satisfativa*] quanto a cautelar retiram algo ao demandado, invadindo sua esfera jurídica e privando-o do gozo, atual ou potencial, de um determinado bem ou direito”<sup>214</sup>.

Portanto, forçoso concluir, na esteira dos ensinamentos do processualista gaúcho, que toda liminar *inaudita altera parte*, quer seja satisfativa ou cautelar (exceto as cautelares relativas à antecipação de prova), representa uma invasão à esfera jurídica do réu. Sob a perspectiva do demandado, pouco importa que a restrição a sua liberdade individual imposta pela medida judicial confira ao autor a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional definitiva ou consista em uma providência meramente assecuratória da eficácia dessa tutela, porquanto, tanto num como em outro caso, ver-se-á privado do

---

<sup>212</sup> *Op. cit.*, p. 156.

<sup>213</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Op. cit.*, p. 11.

<sup>214</sup> *Ibidem*.

pleno gozo e fruição de um direito ou liberdade individual, sem que lhe tenha sido assegurado o direito de se defender.

Convém anotar que nem sempre a concessão da antecipação da tutela meritória representará para o demandado a imposição de um prejuízo maior que o advindo da efetivação da tutela cautelar. A sustação de protesto, por exemplo, que se caracteriza como antecipação parcial dos efeitos da sentença de procedência a ser proferida em ação declaratória de inexistência de relação jurídica, não impõe nenhuma espécie de restrição a direito individual do credor (réu), ao passo que, as medidas cautelares patrimoniais constritivas<sup>215</sup> (v.g. arresto, seqüestro, busca e apreensão e congêneres), por exemplo, muito embora não antecipem o resultado do processo de execução cuja eficácia visa assegurar, impõem uma severa restrição ao direito de propriedade do demandado.

Ao instituir procedimentos informados por técnicas processuais que tenham como objetivo a sumarização da cognição, imprimindo mais celeridade à prestação jurisdicional, através da previsão de provimentos antecipatórios *inaudita altera parte*, o legislador está manifestando sua opção pelo valor *efetividade* em detrimento do valor *democracia*, que impõe a participação em contraditório.

Contudo, essa opção legislativa, que decorre da ponderação dos interesses constitucionais colidentes, deve se pautar por critérios objetivamente aferíveis, a fim de que possam ser controlados. O critério de escolha do legislador é ditado pelo princípio da proporcionalidade, corolário do devido processo legal em sua dimensão substantiva.

Pelo princípio da proporcionalidade, o Poder Legislativo, ao regular uma situação de colisão entre duas garantias constitucionais fundamentais componentes do devido processo legal procedimental (inafastabilidade do controle jurisdicional x contraditório e ampla defesa), deve, após ponderar sobre qual interesse prevalecerá nessa dada situação, observar, ao editar a medida legislativa consubstanciadora de uma restrição

---

<sup>215</sup> Cf. TUCCI, Rogério Lauria, **Medidas Cautelares Constritivas Patrimoniais**, p. 199-209.

pontual e momentânea a uma garantia constitucional (no caso, o contraditório), perquirir se a intervenção se revela adequada (subprincípio da adequação), necessária (subprincípio da necessidade) ou proporcional ao sacrifício exigido (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Nesse sentido, oportuna é a advertência de Bedaque no sentido de que “a efetividade do processo encontra limitação natural na liberdade jurídica do réu, que não pode sofrer sacrifício desnecessário”.<sup>216</sup>

Ou seja, para que a restrição imposta pela intervenção legislativa à garantia do contraditório e da ampla defesa se revele compatível com os ditames impostos pelo devido processo legal substancial, deve necessariamente observar: (a) se a medida restritiva do contraditório é apta a alcançar a *efetividade da prestação jurisdicional*; (b) a inexistência de meio menos gravoso para se alcançar o objetivo colimado; e (c) a existência de uma relação de equilíbrio ou proporcionalidade/razoabilidade entre o sacrifício imposto ao titular do direito individual objeto da restrição e os resultados pretendidos pelo legislador (efetividade) ao restringir a garantia do contraditório<sup>217</sup>.

Em um segundo momento – ao aplicar a norma jurídica resultante da ponderação valorativa do legislador -, compete também ao juiz ponderar os valores e interesses divergentes (*efetividade x participação/democracia*), decidindo, diante de um dado caso concreto, acerca da concessão de uma medida que imponha um gravame a um direito ou liberdade individual do demandado antes que lhe seja dada a oportunidade de deduzir manifestação potencialmente apta a influenciar na motivação do provimento liminar.

Nesse sentido é a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

---

<sup>216</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito Material sobre o Processo. ed. 4<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150.

<sup>217</sup> Cf. DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**, *passim*.

Conquanto se possa afirmar *a priori* tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica, mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição)<sup>218</sup>.

Tem-se sustentado o entendimento na doutrina, segundo o qual a concessão de liminar *inaudita altera parte* da antecipação da tutela (cautelar ou satisfativa) não viola a garantia do contraditório, “porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem a sua participação”<sup>219</sup>.

Também coadunam com esse entendimento Betina Rizzato Lara<sup>220</sup> e Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco<sup>221</sup>.

Porém, a questão não se revela tão simples assim. Não há previsão entre nós de um procedimento semelhante ao instituído no processo civil italiano pela Lei n. 353, de 26.11.1990, que ao reafirmar o caráter excepcional da liminar *inaudita altera parte* preocupou-se em cercar de garantias a emissão do provimento judicial, para assegurar o contraditório e o possível reexame por parte de outro juiz<sup>222</sup>.

Pela regra do 1º do art. 669 – *sexies* do Código de Processo Civil da Itália, após a concessão da medida liminar, mediante a edição de um *decreto* motivado, na mesma decisão, o juiz ditará as disposições para a realização do contraditório: designará uma audiência de comparecimento das partes e fixará o prazo para notificação do recurso e do *decreto*. Após o contraditório estabelecido entre as partes deverá o juiz, em

<sup>218</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Urgência e o Direito de Família, Porto Alegre: Juris Síntese – IOB, mai/jun 2006. 1 CD-ROM.

<sup>219</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 7ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 149;

<sup>220</sup> LARA, Betina Rizzato. **Liminares no Processo Civil**. ed. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 70-71.

<sup>221</sup> CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. ed. 23ª. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

<sup>222</sup> Cf. FINOCCHIARO, Giuseppe, **Sul Nuovo Procedimento Cautelare**, p. 873-875;

audiência, confirmar, modificar ou revogar o provimento concedido *inaudita altera parte*<sup>223</sup>.

Em nosso sistema processual inexistente a obrigatoriedade de o juiz, depois de concedida a liminar *inaudita altera parte* – antes da sentença - reavaliar os pressupostos da liminar concedida à luz das alegações e provas deduzidas pela parte adversa e proferir uma decisão confirmatória, modificativa ou revocatória do provimento antecipatório.

No que se refere à recorribilidade do provimento antecipatório proferido *in limine litis*, atualmente com as alterações promovidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.187, de 19.10.2005, a regra é que o recurso de agravo seja processado na modalidade retida, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” (art. 522 do Código de Processo Civil).

Da nova sistemática do agravo pode-se inferir que não é qualquer interferência na esfera jurídica da parte adversa que autoriza o reexame dos pressupostos concessivos da liminar *inaudita altera parte* pelo órgão jurisdicional *ad quem*, sendo indispensável que da efetivação da medida possa resultar um dano grave e de difícil reparação.

A não ser que o juiz reveja *sponte sua* a decisão – *ex officio* ou mediante provocação da parte, somente após a prolação da sentença – cautelar ou definitiva –, por força dos efeitos de seus efeitos em relação ao provimento antecipatório, este será, em caso de procedência, confirmado, ou, revogado, caso a sentença seja de improcedência.

Portanto, podemos concluir que a realização do contraditório para momento posterior à prolação do provimento antecipatório não se dá em toda a sua plenitude, eis que a manifestação (*rectius*: contestação) do demandado não obriga o juiz a um novo exame da matéria antes de proferir a sentença, mas tão somente *faculta* o magistrado rever sua decisão.

---

<sup>223</sup> GHIRGA, Maria Francesca. **Principi Gerale del Processo e Misure Provvisorie**. Rivista di Diritto Processuale. Padova, Itália. n. 2, p. 489-510, abr./jun. 1997, p. 498.

Ora, se a garantia do contraditório é enunciada sob a forma de um princípio que tem como função promover a *participação* do interessado na edição do provimento jurisdicional – quer se trate de sentença ou de decisão interlocutória - sobre cuja esfera irá incidir, e, sendo essa *participação* uma exigência ditada pelo valor *democracia* - um dos pilares do Estado Democrático de Direito – a autorização conferida pelo legislador infraconstitucional ao Poder Judiciário para intervir na esfera jurídica de alguém, sem que lhe seja ofertada a oportunidade prévia de deduzir uma manifestação contrária, apta a influenciar a decisão a ser proferida, constitui-se em uma restrição à garantia do contraditório.

No entanto, como os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podem ser restringidos pelo legislador ordinário no exercício de sua função de densificação das normas constitucionais, desde que observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade concretizadores do devido processo legal substancial.

## 7.2 DA SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Para José Roberto dos Santos Bedaque, “pelo prisma funcional, somente existem dois tipos de tutelas: as que atuam definitivamente no plano material, eliminando a crise de direito, e as destinadas apenas a garantir este resultado, mediante providências provisórias”<sup>224</sup>.

Para o autor acima citado, o traço distintivo entre os dois tipos de tutela jurisdicional residiria na qualidade do provimento: *definitivo* (apto a adquirir a imutabilidade da coisa julgada), no caso da tutela satisfativa, e *provisório* (cuja eficácia só perdura até a prolação do provimento final, que o substitui), na tutela cautelar.

---

<sup>224</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (tentativa de sistematização). 2ª. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 192.

Ainda segundo Bedaque, a *tutela satisfativa* se subdividiria em *cognitiva* e *executiva*, ao passo que a *tutela cautelar* se bifurcaria em *conservativa* e *antecipatória*<sup>225</sup>.

A tutela cautelar conservativa tem como finalidade neutralizar o risco de ineficácia do provimento jurisdicional de mérito, mediante a adoção de medidas práticas que assegurem a manutenção da situação equivalente ao *status quo* vigente à época da consumação da eventual lesão ao direito material do qual o autor se diz titular.

Para concessão da tutela cautelar conservativa, além do requisito da plausibilidade do direito material vindicado (*fumus boni juris*), comum a todos os tipos de tutela cautelar, exige-se também a demonstração da ocorrência de algum acontecimento – natural ou decorrente do comportamento da parte adversária – que, surgido antes ou durante a marcha procedimental tendente à realização da tutela jurisdicional definitiva, acarrete uma situação de risco à efetividade do provimento final. Embora comumente esse último requisito receba a denominação de *periculum in mora*, a doutrina italiana o denomina mais especificamente de *pericolo de infruttosità* (espécie do gênero *periculum in mora*)<sup>226</sup>.

O *pericolo de tardività* ou perigo do *ritardo*, outra espécie do gênero *periculum in mora*, e que fundamenta a tutela cautelar antecipatória, se caracteriza pelo risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito material objeto da tutela jurisdicional de mérito.

Para Bedaque, a cautelar conservativa (tutela cautelar) tem como escopo imediato assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, tutelando mediatamente o direito material, ao passo que, em regra, na cautelar antecipatória (tutela antecipada), arrosta-se uma situação de perigo de dano irreparável ao direito da parte, sendo o processo principal tutelado de forma mediata ou indireta.

---

<sup>225</sup> Idem, p. 185-193.

<sup>226</sup> Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *op. cit.*, p. 164; CÂMARA, Alexandre Freitas, *Op. cit.*, p. 37.



Egas Moniz de Aragão, em artigo escrito antes da reforma processual que introduziu o instituto da *tutela antecipada* entre nós, já àquela época se insurgia contra o entendimento segundo o qual não era possível ao juiz, no exercício de seu poder geral de cautela, antecipar o resultado prático do provimento definitivo. Admitia o citado autor a possibilidade de se proferir um provimento que, ao mesmo tempo em que assegurava a eficácia da sentença de mérito, antecipava seus efeitos<sup>227</sup>.

Também defendendo a existência de caracteres comuns, que autorizam a classificação da antecipação de tutela (cautelar antecipatória) e da tutela cautelar (cautelar conservativa) como espécies de um mesmo gênero, ao qual denomina de *tutela de urgência*, Alvaro de Oliveira tece as seguintes considerações:

[...] o efeito jurídico, que aproxima a tutela antecipatória do verbo satisfazer e a cautelar do verbo assegurar, é que realmente as diferencia, impedindo possam ser consideradas da mesma espécie. Todavia, embora não da mesma espécie, tutela cautelar e antecipatória compartilham do mesmo gênero, gênero esse destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte, mediante ordens e mandamentos que interfiram desde logo no plano sensível. Se a palavra “cautelar” e o próprio conceito aí implicado revelam-se impróprios para designar o novo gênero de função jurisdicional, a questão se transfere ao terreno puramente terminológico, parecendo bastante adequado falar-se em tutela de urgência, a exemplo da elaboração doutrinária italiana (que todavia parte de outros pressupostos legais e doutrinários). Significa dizer que a tradicional classificação tripartida, de longa data consagrada na doutrina brasileira, — processo de conhecimento, de execução e cautelar — deve evoluir para a adoção de conceito mais abrangente e pertinente, mudando-se o último termo da equação para “processo de urgência.” Sempre, porém, deve se ter bem presente a impossibilidade de modelos puros e “anti-sépticos”, entalhados na mais rigorosa lógica formal e por essa razão imunes à vida e suas complexidades<sup>228</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco adota posicionamento semelhante, reconhecendo que ambas as formas de tutela sumária possuem como fim precípua afastar o *periculum in mora*, sendo que na *cautelar* o objeto é a manutenção ou restabelecimento da situação fática favorável à obtenção do resultado útil do processo, ao passo que as *antecipações de tutela* “vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem

---

<sup>227</sup> DE ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz, **Poder Cautelar do Juiz: (Medidas Provisórias)** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 42 p. 37-56, 1990, *passim*.

<sup>228</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Perfil Dogmático da Tutela de Urgência**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=483](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=483)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá lhe proporcionar”<sup>229</sup>.

Diante de determinadas situações, o legislador, por razões de política legislativa ditada pelas peculiaridades do direito material a ser tutelado, autoriza a antecipação - liminar ou não – dos efeitos práticos do provimento final, sem a necessidade de se demonstrar o *periculum in mora*.

Isto porque, segundo Bedaque, “eventual perigo, se existisse, não foi externado pelo legislador e, portanto, está fora da atividade cognitiva do juiz”<sup>230</sup>.

Nesses casos, contenta-se o legislador tão-somente com o “mero risco de dano marginal” causado pelo estado de insatisfação do direito objetivo, “independentemente de ameaça concreta ao direito”, já aferido quando da elaboração da norma processual, e com a plausibilidade do direito material vindicado (*fumus boni juris*) para autorizar a antecipação da tutela de mérito.

Seriam exemplos dessa espécie de provimentos, as liminares possessórias, a liminar de busca e apreensão da lei de alienação fiduciária, os alimentos provisórios<sup>231</sup>, bem como a antecipação de tutela concedida com fundamento nos arts. 273, I e 273, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil.

Como para Bedaque a característica que identifica a tutela cautelar é a *provisoriedade* e não a instrumentalidade hipotética (referibilidade) à tutela definitiva, inexistiria, sob sua ótica, óbice à inserção desses provimentos no rol dos cautelares.

Luiz Fux, que classifica as tutelas de urgentes em *tutela cautelar*, *tutela de segurança* e *tutela da evidência*, justifica a concessão de provimentos antecipatórios na

---

<sup>229</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Revista Jurídica. Porto Alegre, n. 286, p. 5-28, ago. 2001, p. 9.

<sup>230</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (tentativa de sistematização). ed. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 171.

<sup>231</sup> Cf. Bedaque, José Roberto dos Santos. *idem*, p. 171.

“probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto injusta a espera determinada”<sup>232</sup>.

Pretende referido autor que a antecipação dos efeitos do provimento final tenha a sua aplicação generalizada, estendendo-a para todos os casos em que o direito material afirmado se relevar *evidente*, pouco importando a natureza da relação de direito material objeto da tutela jurisdicional e independentemente de previsão em lei<sup>233</sup>.

Tal idéia é rechaçada por Bedaque, o qual afirma que tal modalidade de tutela diferenciada só pode ser conferida *in limine* ao interessado caso seja expressamente autorizado pelo legislador o seu manuseio por parte do juiz, porquanto, “em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessário a presença do perigo de dano”, tendo em vista que “o poder geral de concessão de tutelas sumárias e provisórias está relacionado à evidência e a urgência.”<sup>234</sup>

Para Bedaque, a *cautelaridade* desses provimentos provisórios reside na sua finalidade de assegurar a otimização da tutela jurisdicional meritória, afastando o “mal causado pela demora do processo” (dano marginal).

Embora concordemos com o processualista das arcadas quanto à possibilidade de o legislador ordinário autorizar o juiz a emitir *provimentos antecipatórios* sem a oitiva da parte adversa, o poder de conformação do legislador, por impor uma limitação do contraditório, está condicionado pela garantia do devido processo legal substantivo, cuja observância impõe que a norma restritiva não promova uma discriminação ou equiparação dissociada de sua finalidade (conferir maior eficácia à tutela jurisdicional) – princípio da razoabilidade – e que a restrição seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (princípio da proporcionalidade).

---

<sup>232</sup> FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305-306.

<sup>233</sup> *Ibidem*.

<sup>234</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit. p. 331.

Para fins de nosso estudo, dividiremos as tutelas de cognição sumária em tutelas de urgência (antecipatórias ou conservativas) e tutela da evidência. As primeiras exigem para sua concessão o *periculum in mora*, ao passo que as outras demandam tão-somente a plausibilidade do direito pleiteado (*fumus boni iuris*).

### 7.2.1 Da Tutela Cautelar

O processo é o instrumento de atuação do direito material aplicável ao caso concreto, instrumento por meio do qual a Jurisdição soluciona os conflitos intersubjetivos de interesses.

No entanto, para que a atividade jurisdicional se desenvolva adequadamente, assegurando, por intermédio da garantia do contraditório, a mais ampla participação possível dos destinatários (partes) dos efeitos do provimento final, é necessário o transcurso de um certo tempo para que sejam realizados os atos que integram o *iter do procedimento em contraditório*.

Durante o transcurso do tempo que medeia a data da propositura da demanda, ou até mesmo antes, podem surgir situações – advindas do comportamento, provável ou efetivo, do réu; de fatores naturais ou do decurso do tempo – que impossibilitem a obtenção do resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da conduta imposta pelo ordenamento, de sorte a impedir que se atribua ao titular do direito material o resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da norma<sup>235</sup>, colocando em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

Da necessidade de preservação do resultado útil do processo surgiu a *tutela cautelar*, que consiste na autorização conferida ao juiz pelo ordenamento jurídico de - diante de uma situação concreta de risco de ineficácia de eventual provimento jurisdicional de

---

<sup>235</sup> CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000, p. 39.

mérito favorável ao autor - adotar medidas práticas tendentes a neutralizar a situação de perigo.

Portanto, pode-se dizer que as medidas cautelares consubstanciam-se em instrumentos viabilizadores - mediante a adoção de providências jurisdicionais que mantenham o equilíbrio das partes no processo e preservem o *status quo* vigente à época da propositura da ação contra o efeito abrasivo do tempo necessário a uma cognição plena ou contra um provável comportamento lesivo da outra parte - da efetividade da prestação jurisdicional, evitando prejuízos desnecessários aos litigantes.

Sobre o caráter instrumental da tutela cautelar Bedaque leciona que

O escopo da tutela cautelar não é tanto a atuação do direito, ao menos imediatamente. Só de forma mediata seus efeitos atingem a relação material. A finalidade desse provimento é assegurar o resultado de outro. Daí caracterizar-se como instrumento do instrumento, ou seja, serve à tutela definitiva, essa sim, instrumento do direito substancial. Trata-se, pois, de instrumentalidade qualificada ou elevada ao quadrado.<sup>236</sup>

As situações fáticas que demandam a intervenção cautelar do juiz, bem como as medidas práticas a serem adotadas para sustar o perigo de ineficácia da sentença definitiva, podem ser objeto de prévia regulação legislativa. Nesse caso estamos diante das medidas cautelares nominadas ou típicas.

Segundo Bedaque, “tratando-se das cautelares típicas, normalmente já se encontra previamente determinado o *periculum in mora*, pois o legislador prevê as situações de risco em razão das quais a cautelar é admissível.” Cita o autor como exemplo “o caso do seqüestro e do arresto, cuja concessão depende da efetiva ocorrência de um dos fatos descritos na lei (CPC, arts. 813 e 822)”<sup>237</sup>.

Porém, como não é possível ao legislador prever toda a gama de situações que poderiam configurar um risco à efetividade do processo de conhecimento ou executivo,

---

<sup>236</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Op. cit.*, p. 168.

<sup>237</sup> *Idem*, p. 174.

investiu o juiz do *poder geral de cautela*, pelo qual está autorizado a, diante da ocorrência de uma concreta situação de perigo que não se subsuma àquelas situações hipotéticas descritas nas normas instituidoras das medidas cautelares típicas ou nominadas, adotar a medida que, a seu critério, mais se adaptar ao tipo de proteção exigido para conjuração do dano iminente. Trata-se das medidas cautelares inominadas ou atípicas, que decorrem do poder geral de cautela conferido ao magistrado.

Bedaque leciona que “por esse sistema não fixa o legislador os limites precisos do perigo; estabelece apenas regra genérica, transferindo para o julgador essa função de verificar se o risco existente justifica a concessão da tutela urgente e provisória”<sup>238</sup>.

#### 7.2.1.1 Da Liminar

O art. 804 do Código de Processo Civil autoriza o magistrado a deferir liminarmente, *in initio litis*, sem audiência do requerido, a tutela cautelar pretendida pelo requerente, “[...] quando verificar que este [o requerido], sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real [...]”<sup>239</sup>.

Galeno Lacerda ao comentar o disposto no art. 804 do Código de Processo Civil, teceu as seguintes considerações acerca da liminar cautelar:

Se a função cautelar se justifica, exatamente, pela necessidade de pronta e eficaz segurança contra determinado risco, a tal ponto que constitui um de seus pressupostos fundamentais a existência do *periculum in mora*, a concessão de mandado liminar assecuratório se revela instrumento indispensável à consecução desse objetivo. Não teria sentido a preocupação em acudir a urgência do caso, se a lei não autorizasse o juiz a prover de imediato<sup>240</sup>.

A possibilidade de concessão liminar da tutela cautelar não se circunscreve somente aos casos de risco provocado pelo eventual comportamento do requerido que possa

---

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> BRASIL. **Código de processo civil**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>240</sup> LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. ed. 8ª. Rio de Janeiro: Forense, v. 8, tomo I, 2001, p. 242.

tornar ineficaz a sentença cautelar, mas estende-se a todas às hipóteses em que se configurar uma situação de risco à eficácia da tutela cautelar.

### 7.2.2 Da Tutela Antecipada

Para que a Jurisdição possa cumprir o seu poder/dever/função institucional consistente na tutela dos direitos subjetivos, mediante a aplicação da lei ao caso concreto, *mister* que tal decisão seja proferida ao cabo de um procedimento em contraditório no qual se confira aos litigantes a mais ampla participação possível, o que demanda um certo lapso temporal, circunstância que poderá ensejar uma situação de risco de lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito material vindicado, e via de conseqüência da própria tutela jurisdicional de mérito.

Convém frisar que, por mais célere que a atuação jurisdicional seja, na maioria dos casos, não terá o provimento que efetivar a tutela jurisdicional a aptidão de produzir o mesmo resultado que teria se verificado em caso de cumprimento espontâneo da norma. Essa defasagem entre a *situação* descrita abstratamente na norma – que deveria realizar-se desde o momento da ocorrência do fato descrito na norma como desencadeador das conseqüências nela previstas - e a *situação* resultante de sua aplicação ao caso concreto decorre do transcurso do tempo necessário à entrega da prestação jurisdicional ao vencedor da demanda.

Porém, tal vicissitude é tolerada (ou imposta) pelo ordenamento jurídico em nome do valor constitucionalmente assegurado da participação democrática dos interessados na edição dos provimentos emanados dos órgãos estatais, que se realiza pela garantia do contraditório e da ampla defesa.

O excessivo distanciamento temporal entre a propositura da demanda e a efetivação da tutela jurisdicional - que tem sido a tônica dos processos no Brasil, acarretando a redução da eficácia da função jurisdicional -, fator que conspira contra o princípio constitucional da *efetividade da tutela jurisdicional*, fez com que se buscassem

alternativas instrumentais tendentes a, senão eliminar, pelo menos minimizar esse problema.

Dessa necessidade surgiu a antecipação de tutela, inserida no nosso Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que dentre outras alterações, deu nova redação ao art. 273.

Através do novel instituto da antecipação de tutela, tornou-se possível minimizar os efeitos deletérios do tempo necessário ao exaurimento da atividade jurisdicional, autorizando o juiz a *antecipar*, total ou parcialmente, os efeitos do provimento jurisdicional de mérito, de forma que a *situação* resultante da intervenção do Estado-juiz possa se aproximar ao máximo da *situação* que vigeria caso o ordenamento jurídico tivesse sido espontaneamente observado.

Convém frisar, nos valendo do escólio de Bedaque, acerca do objeto da tutela antecipada, que:

O pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória, ou constitutiva, mas aos efeitos que qualquer delas tende a produzir no plano material e que não possa aguardar o momento oportuno para que tal ocorra, sob pena de não mais terem utilidade para o titular do direito. A antecipação não diz respeito, enfim, à eficácia preponderante da sentença – declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva *lato sensu* –, pois esta depende da cognição plena e implica juízo declarativo de certeza, não de probabilidade<sup>241</sup>.

Para a concessão da tutela antecipada o legislador erigiu os seguintes requisitos: (a) verossimilhança das alegações mediante prova inequívoca; (b) reversibilidade dos seus efeitos; (c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternadamente, (d) abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

---

<sup>241</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. ed. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 353-354.



O primeiro requisito pode ser definido como a probabilidade de existência da relação de direito material que reclama a tutela jurisdicional. Tal requisito não se difere, do ponto de vista prático, da “relevância do fundamento da demanda” do artigo 461, § 3º, do Código do Processo Civil, nem do “fundamento relevante” do art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 e nem do *fumus boni juris* do processo cautelar<sup>242</sup>.

Na opinião de Cássio Scarpinella Bueno, embora exista diferença entre a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e o *fumus boni juris* da medida cautelar, a distinção não tem relevância prática:

[... ] embora possa ser aferido teoricamente, não faz diferença nenhuma na prática, isto é, quando o juiz se vê convencido, suficientemente, de que o caso é de proteção *urgente*. O que basta – desprezadas diferenças quantitativas ou qualitativas de graus de convicção – é que o juiz entenda que o requerente da tutela de urgência se apresente perante ele com *mais* razão do que seu adversário<sup>243</sup>.

No que se refere ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), tal pressuposto reside no risco de dano irreparável ao direito material de cuja titularidade o requerente da medida se arvora. Ora, se durante o espaço de tempo necessário à realização da tutela jurisdicional definitiva o direito material vier a sofrer uma grave lesão que torne a sua fruição impossível ou inviável, por óbvio, que, via de conseqüência, a utilidade do provimento jurisdicional definitivo restará seriamente prejudicada.

Logo, a tutela antecipada também tem como finalidade, ainda que indireta ou mediata, a preservação da eficácia do processo como instrumento de solução de conflitos, porquanto o perecimento do direito material vindicado acarretará, via de conseqüência lógica, a ineficácia do provimento final. Isto é, a antecipação da tutela visa neutralizar a ocorrência de uma situação fática – advinda do comportamento, provável ou efetivo, do

---

<sup>242</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. ed. 6ª. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 162-164.

<sup>243</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

réu; de fatores naturais ou do decurso do tempo – que possa vir a impossibilitar a obtenção do resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da conduta imposta pelo ordenamento.

O segundo requisito (reversibilidade dos efeitos da antecipação) pode ser afastado toda vez que, diante do caso concreto, a tutela antecipada for indispensável para a tutela de um interesse cuja importância, aferida a luz do princípio da proporcionalidade, se sobrepuser ao valor *segurança jurídica* albergado pelo § 2º, do art. 273 do Código de Processo Civil.

Não teceremos comentários quanto ao requisito consistente no *abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*, nem tampouco ao requisito estatuído no parágrafo 6º do art. 273, do Código de Processo Civil, eis que, por pressuporem para a sua configuração a oportunização prévia de manifestação do demandado (*rectius*: defesa), não se relacionam com o tema proposto.

Às liminares de nunciação de obra nova, às relativas ao cumprimento dos deveres de fazer e não-fazer e àquelas previstas em procedimentos específicos instituídos por leis especiais (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa) também se aplicam, tendo em vista o seu caráter provisório e a finalidade de arrostar uma situação de fato que coloque em risco a efetividade do provimento jurisdicional de mérito (cautelar) ou a própria realização do direito material (antecipação de tutela), a mesma disciplina das tutelas genéricas de urgência tratadas nos itens 7.

### **7.2.3 Da Tutela da Evidência**

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, ao autorizar o juiz a emitir provimentos antecipatórios, “[...] pode ainda o legislador sequer exigir a demonstração do perigo, contentando-se com a cognição sumária a respeito da existência do direito afirmado,

que revelará a presença do *fumus boni iuris*<sup>244</sup>. Nesses casos, “[...] convencendo-se o juiz de que a pretensão deduzida na inicial tem boas chances de ser atendida, poderá conceder-lhe a possibilidade de fruição provisória do bem da vida pretendido”<sup>245</sup>.

Podemos citar como exemplos dessa técnica as liminares nas ações possessórias, nos embargos de terceiro, no procedimento especial regido pelo Decreto-lei n. 911/67, etc.

A finalidade dessas medidas *cautelares antecipatórias* – segundo a terminologia adotada pelo processualista acima referido – seria a de garantir a máxima eficácia ao provimento final, de maneira a assegurar, através da técnica consistente na antecipação (total ou parcial) dos efeitos fáticos da tutela definitiva, tanto quanto possível, o maior grau de equivalência entre o resultado da tutela jurisdicional definitiva a ser conferida a uma das partes e aquele que seria obtido com o cumprimento espontâneo da norma de direito material reguladora do caso concreto.

Prosseguindo em seus estudos, José Roberto dos Santos Bedaque concluiu que a instituição por lei de procedimentos que admitam a antecipação, parcial ou total dos efeitos da sentença de mérito, fundadas exclusivamente no *fumus boni iuris* - dispensando a indagação acerca da presença do *periculum in mora* em concreto -, *encontra* justificativa nas “peculiaridades da relação de direito material” (v.g liminar em reintegração de posse) ou no “comportamento das partes no processo” (antecipação de tutela com fulcro no art. 273, II, do Código de Processo Civil).

O legislador, diante de determinadas situações em que o direito material afirmado em juízo apresenta-se provável – quer essa probabilidade seja em decorrência da situação fática deduzida se subsumir à hipótese abstrata prevista na lei como merecedora de proteção imediata, quer seja decorrente da falta de seriedade na defesa do réu -, opta por instituir um procedimento no qual é possível a realização – ainda que parcial –

---

<sup>244</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa se sistematização)**. 2ª. edição revista e ampliada. ed. Malheiros Editores. 03-2001. pág. 175.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p.331.

antecipada do direito vindicado, privilegiando a *efetividade* ao tutelar um direito que se mostra, *prima facie*, evidente, em detrimento da *segurança jurídica* proporcionada pela participação das partes em contraditório.

Luiz Fux fundamenta a imediata tutela dos *direitos evidentes*<sup>246</sup> na garantia do devido processo legal em sua dupla dimensão (processual e material), eis que para ele tal garantia fundamental impõe ao Estado o dever de disponibilizar aos seus jurisdicionados, tanto uma “lei justa”, como um processo “justo”, que assegurem a quem demonstrar “em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz”, uma tutela imediata<sup>247</sup>, conferindo-lhe “aquilo que ela [a parte postulante] obteria caso o ordenamento recebesse o cumprimento espontâneo do *adversus*”<sup>248</sup>.

Segundo o referido autor, “[...] é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”<sup>249</sup>.

Para chegar a essa conclusão Fux parte da premissa segundo a qual “[...] o devido processo legal está encartado no direito ao processo como direito ao meio de prestação da jurisdição, que varia conforme a natureza da tutela de que se necessita”<sup>250</sup>, para inferir que “o direito à jurisdição não é senão o de obter uma justiça efetiva e adequada”<sup>251</sup>.

Em complemento a sua tese, aduz o citado processualista que:

O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige “efetividade”, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo.

---

<sup>246</sup> Segundo o renomado processualista, Luiz Fux “(..) é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria” (Tutela de Segurança e Tutela da Evidência, p. 311)

<sup>247</sup> FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 320.

<sup>248</sup> *Idem*, p. 321.

<sup>249</sup> *Idem*, p.311.

<sup>250</sup> *Idem*, p.321.

<sup>251</sup> *Idem*, p.319.

Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o “indevido” processo<sup>252</sup>.

O pensamento dos autores acima citados diverge substancialmente no que diz respeito à possibilidade de o juiz emitir provimentos antecipatórios com fundamento único e exclusivo na probabilidade ou evidência do direito material vindicado, sem cogitar do iminente perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito material ou do perigo de risco de ineficácia do provimento jurisdicional de mérito. Para Luiz Fux, estaria ínsita na garantia do *devido processo legal* e da *inafastabilidade da jurisdição* a autorização para o juiz prover liminarmente todas às vezes em que se deparasse com *direitos evidentes*. Bedaque defende posicionamento diametralmente oposto a esse, porquanto, para ele, a concessão de tutela sumária com fundamento exclusivo na evidência só pode ser “[...] admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano”<sup>253</sup>.

Entendemos que o posicionamento do professor Bedaque deve prevalecer. De acordo com princípio da separação de poderes (*rectius*; funções), a atribuição do Poder Legislativo consistente em editar normas de densificação do texto constitucional “[...] através de decisões políticas com densidade normativa – os actos legislativos – [...]”<sup>254</sup> precede à função concretizadora da Jurisdição, a qual se desenvolve “[...] com base no texto constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo [...], de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos”<sup>255</sup>. Por isso, entendemos que não cabe ao Poder Judiciário - salvo quando estiver diretamente autorizado pelas regras e princípios emanados da Constituição - se antecipar à atividade legiferante de densificação dos direitos e garantias fundamentais e restringir,

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, pág. 319-320.

<sup>253</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (tentativa de sistematização). ed. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 331.

<sup>254</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. ed. 5ª. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1206.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

diante de uma dada situação, *sponte sua*, um direito ou garantia fundamental, mesmo que com a finalidade de efetivar um outro direito ou garantia de igual magnitude.

### 7.2.3.1 Da Tutela Possessória

Para Lafayette Rodrigues Pereira em sua clássica obra sobre o direito das coisas “a posse consiste no poder de dispor physicamente da cousa, com a intenção de dono, e de defendel-a contra aggressões de terceiro”<sup>256</sup>.

Tito Fulgêncio, ao se referir ao elemento psicológico do conceito de posse afirmou “que a posse existe com a intenção de dano [*sic*], mas também pode existir sem ela, e até com o reconhecimento de outro dono, e bem assim com o poder físico de dispor da coisa, como sem ele”.<sup>257</sup>

Joel Dias Figueira Júnior define, calcado na teoria objetiva de *Jhering*, a qual prescinde do *animus domini* (intenção de possuir a coisa como se proprietário fosse), a posse da seguinte forma:

A posse nada mais é do que uma relação sócio-econômica com carga potestativa (poder de ingerência) formada pelo sujeito titular e um bem da vida à obtenção da satisfação de suas necessidades, suficientemente apta a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, tornando-se geradora de efeitos que se refletem no mundo jurídico<sup>258</sup>.

Lafayette Rodrigues Pereira, leciona que a proteção jurídica da posse encontra justificativa nos seguintes motivos:

1ª – A primeira entende com o respeito devido à personalidade humana. A posse é a vontade do homem á actuar sobre uma cousa externa; exprime um estado da pessoa, isto é s pessoa em contacto com a cousa. Os actos que têm

<sup>256</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Cousas*. ed. 3ª. São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 23-24.

<sup>257</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das Ações Possessórias*. ed. 5ª. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1. p. 6-7.

<sup>258</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30.

por fim perturbar perturbar aquelle contacto ou subtrair a cousa à acção do homem , importam offensa á pessoa. Assim, pois, para resguardar a inviolabilidade da pessoa humana, a lei se viu forçada a proteger a posse.

2ª – Um dos principaes fins do estado é a organização de um Poder, incumbido de fazer reinar o direito, e de restabelecer o seu império onde quer que seja violado. D’ahi o principio fundamental – que ninguém pode fazer justiça por suas próprias mãos. Permitir que aquelle que se julga com melhor título á posse da cousa, perturbasse ou usurpasse a posse em que outro está dessa mesma cousa, seria infringir o dito principio, seria plantar no seio da sociedade a anarchia, a desordem, a confusão.<sup>259</sup>

Cita também como terceiro fundamento que a posse induz à presunção de propriedade<sup>260</sup>. Porém, entendemos que nos dias atuais em que o exercício do direito de propriedade é condicionado ao atendimento de sua função social, tal justificativa, baseada nas idéias liberais que inspiraram o Código Civil de 1916, não mais se apresenta como apta a justificar a modalidade de tutela jurisdicional diferenciada que o nosso ordenamento confere ao possuidor.

Ronaldo Cunha Campos, *apud* Humberto Theodoro Júnior, em abono ao entendimento acima citado de Lafayette Rodrigues Pereira, assevera que:

No Estado de Direito, a ordem pública, a paz social, o respeito à soberania do Estado são interesses públicos básicos, de cuja tutela cuida precipuamente o poder judiciário.

A posse é a situação de fato e um componente da estabilidade social. Se a posse muda de titular, tal mudança não pode resultar em desequilíbrio social, em perturbação da ordem. Impõe-se que a passagem da posse de um outro titular se dê *sem quebra da harmonia social, e.g.*, pelo contrato, pela sucessão. Quando a disputa pela posse se acende, urge que cesse *através do processo*, e não pelo exercício da justiça privada. Esta última produz a ruptura da paz social e viola a soberania do estado; representa a usurpação de um de seus poderes<sup>261</sup>.

Nesse mesmo sentido é o escólio sempre abalizado de Pontes de Miranda, *verbis*:

O principio do *status quo*, ou principio da *conservação do fático*, considerado como imprescindível à paz pública, exige que cada um respeite as situações jurídicas e a posse dos outros. *Quieta no movere!* As relações de posse

<sup>259</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Cousas. ed. 3ª. São Paulo: Freitas Bastos, 1940,, p. 25-26.

<sup>260</sup> Ibidem.

<sup>261</sup> *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 3, p. 127.

existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, não de conservar-se como são, exceto se o titular delas as muda, ou a sentença determina que se mudem. Ninguém pode, sem ofender o princípio, que é, *biologicamente de vida social*, antes de ser de *vida jurídica*, transformar ou extinguir *relações de posse*, cujo titular é outro<sup>262</sup>.

Em outra passagem, Pontes de Miranda, citado por Joel Dias Figueira Júnior, realça a tese segundo a qual a justificativa da tutela possessória é ditada pelo interesse da preservação da ordem jurídica e da paz social, lecionando que:

A tutela jurídica possessória assenta em que há interesse geral em se assegurar a ordem fática, para que nada se mude, sem ser dentro da paz, ou por decisão de justiça. Somente a “deliberação” dos homens, sem violência, e a aplicação das leis, se houve desrespeito a elas (=se a aplicação não é igual à incidência das regras jurídicas), devem poder mudar os estados de fato existentes), devem poder mudar os estados de fato existentes. Tal o fundamento da proteção possessória, que a ciência hoje aponta [...]”<sup>263</sup>

Joel Dias Figueira Júnior obtempera a tese da manutenção da ordem pública como fundamento exclusivo dos interditos possessórios, aduzindo que “a razão da proteção possessória nasce e se encerra na finalidade existencial da própria posse, podendo ser mensurada pelo grau de normalidade do poder fático e através de um critério finalístico, via de regra social e econômico”<sup>264</sup>.

Concluindo a sua exposição, o autor assevera que a finalidade institucional da tutela possessória “[...] é permitir que o bem realize a sua perfeita, adequada e tranqüila destinação sócio-econômica, em benefício do titular do poder fático e dentro de um determinado contexto social”<sup>265</sup>, motivo pelo qual entende que, através de uma interpretação baseada nos critérios teleológico, axiológico e sistemático da nossa Constituição, pode-se estender a aplicação da norma inserta no art. 5º, incisos, XII e XIII da Magna Carta à *posse*, porquanto esta se configura como a “exteriorização potestativa da propriedade no mundo fático”<sup>266</sup>.

<sup>262</sup> *Apud*, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 129.

<sup>263</sup> *Apud*, Joel Dias Figueira Júnior, *op. cit.*, p.58.

<sup>264</sup> *Idem*, p. 59.

<sup>265</sup> *Ibidem*.

<sup>266</sup> *Ibidem*.



Francesco Carnelutti leciona que a característica da tutela possessória reside na sua função, “[...] que não está na composição da lide mediante a declaração ou a constituição de certeza de uma relação jurídica, mas mediante um ordenamento de uma situação de fato”<sup>267</sup>.

Os interditos possessórios se classificam, de acordo com a proteção jurisdicional exigida pela alegada intromissão indevida (efetiva ou potencial) na *esfera-fática potestativa* do possuidor. Essa intervenção pode constituir-se em uma ameaça, restrição ou supressão (total ou parcial) do *poder de fato* do possuidor com relação à coisa possuída.

No primeiro caso, o *justo receio* de molestamento da posse exige uma tutela jurisdicional apta a prevenir a violação ao *jus possessionis*, através da adoção de medidas (v.g. imposição de multa diária em caso de descumprimento do preceito) que atuem na esfera psicológica do pretense violador, com vistas a dissuadi-lo a não consumir a ameaça. Trata-se do *interdito proibitório* previsto no art. 932 do Código de Processo Civil. Por se tratar de tutela preventiva de natureza inibitória, a interferência produzida na esfera jurídica da parte adversa – ainda que mínima – resta caracterizada, porquanto a ameaça de sancionar a prática de atos considerados, com base em um juízo sumário de probabilidade, como veiculadores de uma restrição ou privação do *jus possessionis* de outrem, não deixa de representar um cerceamento – ainda que mínimo – da *liberdade* do demandado.

No caso de molestamento da posse que importe restrição ao *jus possessionis*, a tutela a ser prestada é a de manutenção de posse, prevista na parte primeira do art. 926 do Código de Processo Civil. Nessa modalidade de tutela possessória, o provimento tem como escopo garantir ao possuidor o exercício pleno dos atos que lhe conferem a situação fática caracterizadora de sua *posse* (v.g. desfazimento de cercas ou obras realizadas em detrimento da posse alheia e cominação de pena pecuniária para o caso

---

<sup>267</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 138.

de nova turbação ou esbulho). Evidentemente, pelos efeitos do provimento jurisdicional que concede o mandado de manutenção de posse, tal medida impõe uma restrição à esfera de liberdade jurídica do réu mais acentuada que a que se verifica no interdito proibitório.

A *reintegração de posse* é a medida judicial apta a restituir ao legítimo possuidor a posse que lhe foi esbulhada pela parte contrária, impondo o restabelecimento das coisas ao *status quo* vigente antes do esbulho. Tal modalidade de interdito possessório está prevista na parte final do art. 926 do Código de Processo Civil e representa o grau máximo de restrição da liberdade individual proporcionado pelos interditos possessórios.

#### 7.2.3.1.1 Da Liminar Possessória

No procedimento instituído para os interditos possessórios, há previsão expressa de antecipação *inaudita altera parte* dos efeitos da tutela possessória – em suas três modalidades - a ser objeto do provimento final.

Nesse caso, consoante dito alhures, o legislador dispensou a demonstração do perigo de dano iminente, contentando-se com a mera *plausibilidade* de existência do direito a ser tutelado para a antecipação liminar da tutela possessória.

A possibilidade de concessão antecipada dos efeitos dos provimentos proferidos em demandas possessórias remonta aos *interditos* do direito romano, que foram assimilados pelo direito processual canônico da idade média, influenciando os ordenamentos dos países europeus, que inseriram dispositivos semelhantes em sua legislação. Em Portugal, todas as ordenações do reino, sob a influência do direito romano e canônico, previram a tutela antecipada da posse. No Brasil, onde as ordenações do reino vigoraram por muito tempo, o Código Civil de 1916, influenciado pela

tradição jurídica portuguesa, também previa a tutela sumária para as demandas possessórias intentadas a menos de ano e dia da data do esbulho ou turbação<sup>268</sup>.

O procedimento sumário da tutela possessória foi regulado por todos os Códigos de Processo Civil dos Estados, que em realidade praticamente refletiram as disposições normativas do Decreto n. 737 e das Ordenações Filipinas<sup>269</sup>.

O Código de 1939 também previu em seus arts. 371 e 378 a tutela liminar da posse, sendo seguido pelo atual, promulgado em 1973, que em seu art. 928 alberga dispositivo semelhante ao do Código que lhe precedeu.

Embora, como restou demonstrado da perfunctória análise de sua evolução através dos tempos, a liminar possessória *inaudita altera parte* remonte ao Direito Romano, tal técnica processual de sumarização deve ter sua legitimidade aferida à luz da garantia constitucional do devido processo legal e dos seus (sub)princípios, especialmente o do contraditório e da ampla defesa.

Entendemos que a liminar possessória *inaudita altera parte* encontra seu fundamento de validade na própria garantia do devido processo legal. Tal garantia-princípio fundamental impõe a todos - Poder Público e, inclusive, particulares - o dever de se abster da prática de atos que impliquem invasão na esfera jurídica de outrem - de maneira a restringir-lhes a *liberdade individual* - que não estejam previstos em um procedimento previamente instituído por lei e pautado pela observância das garantias processuais fundamentais expressas na Constituição (*procedural due process of law*).

A eficácia horizontal dos direitos e garantias individuais faz com que os particulares também vinculem-se às normas definidoras de direitos ou garantias fundamentais constitucionais<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, p. 93-112.

<sup>269</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, p. 112-115.

<sup>270</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. ed. 3<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 122-130.

Em caso de colisão decorrente da mútua exclusão da aplicação de dois ou mais princípios-garantias a uma mesma situação ou categoria de situações, o juiz (se assim estiver autorizado por norma genérica e abstrata) ou o legislador devem, mediante a aplicação do método da *ponderação de valores constitucionais*, conferir prevalência ao princípio-garantia cuja efetivação, diante de determinado caso, se revelar prioritária.

No presente caso, ao autorizar o juiz, mediante o preenchimento de certos requisitos, a conceder a tutela possessória *inaudita altera parte*, o legislador, ao ponderar os interesses constitucionais conflitantes, priorizou o princípio-garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, diferindo a incidência do princípio-garantia do contraditório para momento posterior àquele em que deveria incidir, eis que a regra geral é a do contraditório prévio ou bilateralidade da audiência.

Nesse caso, da cognição sumária procedida pelo julgador resulta um juízo de *plausibilidade* acerca da presença de todos aqueles elementos catalogados no art. 927 do Código de Processo Civil como requisitos de um provimento jurisdicional definitivo favorável ao demandante.

Da conjugação da *plausibilidade* de existência da situação fática a demandar a tutela possessória definitiva com o *imperativo de manutenção da ordem social* que justifica a proteção que o ordenamento confere a esse instituto, pode-se inferir o fundamento jurídico da liminar nos interditos possessórios como sendo um imperativo decorrente da observância do *due process of law*, que impõe a manutenção ou restabelecimento de um estado de coisas ao qual a norma jurídica atribui efeitos que se agregam ao patrimônio de uma pessoa.

Ora, ao vedar ingerências indevidas sobre a esfera jurídica alheia, o princípio-garantia do devido processo legal exige que o Estado, que detém o monopólio da jurisdição, institua mecanismos aptos e idôneos ao pronto restabelecimento - ou para a preservação - da situação fática protegida pelo ordenamento jurídico.

Temos então, que a previsão legislativa de concessão liminar da tutela possessória sem a oitiva prévia do réu se apresenta consentânea com o devido processo legal substantivo, eis que, ao optar pela prevalência da *efetividade* em detrimento da *segurança*, o legislador ordinário observou o princípio da proporcionalidade.

Isso porque, a restrição ou limitação da garantia-princípio do contraditório se mostra *adequada* ao atingimento da finalidade a qual se destina: otimização dos resultados do processo; *necessária*, eis que inexistem outros meios igualmente aptos ao alcance dos fins colimados; *proporcional em sentido* estrito, porquanto o gravame imposto ao réu pela concessão da tutela possessória sem a observância prévia do contraditório não se mostra desproporcional ou desarrazoado em relação ao benefício a ser alcançado (celeridade/efetividade da prestação jurisdicional e restabelecimento da ordem jurídica).

#### 7.2.3.2 DA LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO DO BEM OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

O instituto da *alienação fiduciária em garantia* é disciplinado pelo Código Civil em vigor em seus artigos 1.361-1.368<sup>271</sup>.

Porém, a previsão deste instituto em nosso ordenamento se deu originariamente através da Lei n. 4.728, de 14.07.1965, que regulamentou o mercado de capitais.

A criação dessa modalidade de garantia, bem como do procedimento que a instrumentaliza, radicaram-se na necessidade, ditada por fatores de ordem econômica, de se “captar popança de pequenos investidores por meio de estabelecimentos financeiros”, bem como de “incrementar a indústria e o comércio de bens de consumo”, mediante a instituição de mecanismos que conferissem uma garantia mais segura e

---

<sup>271</sup> BRASIL. **Código civil**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

célere de recuperação dos valores financiados em caso de inadimplemento dos devedores<sup>272</sup>.

Sobre a influência da ideologia liberal na instituição dos procedimentos jurisdicionais, mormente no tocante ao procedimento da alienação fiduciária em garantia estabelecido pelo Decreto-lei n. 911/69, é oportuna a lição de Hermes Zaneti Júnior, *verbis*:

A grande porta para o ingresso dessa ideologia no processo consiste, justamente no direito material, em que o processo bebe as primeiras influências ideológicas que irão determinar as orientações de seus institutos. Assim, uma sociedade patrimonialista, privatista, civilista, terá, como conformação, um processo dispositivo defensor da propriedade como valor absoluto e cedição nas relações obrigacionais.

No direito pátrio, um exemplo da influência da ideologia no processo está evidenciado no Decreto Lei 911/69, que dispõe o procedimento da alienação fiduciária em garantia. O art. 2º, daquele Decreto, permite a execução de mão própria, retornando a executividade conferida à administração pública. O Decreto vai ainda mais longe e prevê a possibilidade de busca e apreensão (art. 3º) e, em não sendo localizado o bem, permite a quebra da estabilidade objetiva da demanda (princípio que garante que uma vez intentada a demanda esta deverá manter-se na configuração inicial, com o mesmo objeto até o final) para que a ação original seja “convertida”, nos mesmos autos, em ação de depósito, permitindo, assim, a mais eficaz técnica de coação para o adimplemento a prisão civil<sup>273</sup>.

A definição de *propriedade fiduciária* é fornecida pelo artigo 1.361, que assim dispõe: “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

A *alienação fiduciária em garantia* pode ser conceituada como um direito real de garantia que consiste na “[...] transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida”.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> ZARIF, Marcelo Cintra. ***Alienação Fiduciária de Bens Móveis: (Decreto n. 911/69)***. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Procedimentos Especiais: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1405.

<sup>273</sup> ZANETI JÚNIOR, *Hermes*, op. cit., p. 36.

<sup>274</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, ***Instituições de Direito Civil***, ed. 9ª. Vol. 4, p. 300.

O Decreto-lei n. 911/69, que instituiu um procedimento especial para o credor recobrar do devedor o valor financiado, dispõe em seu art. 3º que: “o proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor”.

O citado dispositivo legal faculta ao credor fiduciário requerer, liminarmente, independentemente de oitiva do devedor fiduciante, a busca e apreensão dos bens onerados com o gravame da alienação fiduciária em garantia, que deverá, em caso de comprovação da mora ou inadimplemento do devedor, ser deferida pelo juiz.

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto-lei n. 911/69, que “a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor”.

O legislador, ao autorizar a concessão *inaudita altera parte* da busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, se contentou tão-somente com a *evidência do direito material objeto da tutela jurisdicional (rectius: probabilidade de existência da situação fática a qual o direito material atribui o efeito pretendido pelo demandante)*, dispensando o *periculum in mora*.

Para a concessão de medida liminar *inaudita altera parte* consistente na retirada do bem dado em garantia fiduciária da posse do devedor-fiduciante, basta que o autor demonstre: (a) a existência do contrato de financiamento no qual se estipulou como garantia a alienação fiduciária do bem financiado e (b) ter o credor, por intermédio de interpelação extrajudicial procedida pelo Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, cientificado o devedor do vencimento da(s) prestação(ões) do financiamento.

Após cinco dias da efetivação da liminar, caso o demandado não efetue dentro desse prazo o pagamento integral do débito - cujo valor corresponde àquele pelo credor na inicial - consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem financiado no patrimônio do credor (§ 1º c/c § 2º, do art. 3º do Decreto-lei n. 911/69), o qual está autorizado pelo art. 2º do citado dispositivo legal a promover a alienação extrajudicial do bem, independentemente de avaliação prévia, aplicando o produto da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança judicial, restituindo ao devedor eventual saldo remanescente.

Ao contrário dos provimentos antecipatórios previstos nos procedimentos das demandas possessórias, que têm como finalidade a manutenção ou restabelecimento - em caráter provisório - de uma situação amparada pelo direito material alterada ou ameaçada de modificação pela inobservância do ordenamento, a liminar de busca e apreensão fiduciária tem como escopo propiciar, através da entrega do bem ao credor, a satisfação de seus próprios interesses independentemente da intervenção do Estado-juiz. Ovídio Baptista da Silva denomina esse tipo de procedimento de *autotutela judicializada*, porquanto, “[...] obtida a apreensão liminar do bem, o credor poderá vendê-lo a terceiros, independentemente de leilão ou hasta pública, dispensando até mesmo avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial [...]”<sup>275</sup>.

É se de anotar também, que o provimento antecipatório na ação de busca e apreensão fiduciária pode assumir, caso o demandado não efetue o pagamento do débito no prazo de cinco dias, a contar da efetivação da liminar, caráter de definitividade do ponto de vista de seus efeitos, eis que a situação ocasionada pela alienação do bem financiado para a satisfação do crédito do demandado não será passível de reversão nem mesmo em caso de improcedência da demanda. Isso porque, na dicção do § 6º, do art. 3º do Decreto-lei n. 911/69, o julgamento de improcedência da ação de busca e apreensão não tem o condão de restituir as coisas ao *status quo ante*, mas tão-somente traz como consequência a imposição ao autor de um sanção pecuniária em quantia equivalente à

---

<sup>275</sup> DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. ed. 6ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 146-147.



metade do valor financiado, sem prejuízo da indenização por perdas e danos, cujo *quantum* deverá determinado através do procedimento de liquidação por artigos (§ 6º c/c § 7º, do art. 3º do Decreto-lei n. 911/69).

No que se refere aos requisitos exigidos pela lei para a concessão das duas espécies de provimentos antecipatórios, também existem algumas diferenças entre ambos.

Na liminar possessória, o preenchimento dos requisitos dos arts. 927 e 928 do Código de Processo Civil induz à idéia de que as alegações a serem deduzidas na contestação do demandado provavelmente não mostrar-se-ão aptas a afastar um juízo de mérito favorável ao autor.

Já na liminar de busca e apreensão, a comprovação da interpelação extrajudicial ou o protesto do devedor não esvaziam o conteúdo de eventual defesa, eis que, não obstante consistirem em meios de documentação do exercício do direito decorrente do contrato de alienação fiduciária, gerando a presunção do inadimplemento do devedor, não excluem *a priori* a plausibilidade das eventuais exceções substanciais a serem opostas pelo demandado (*v.g.* nulidade do contrato, pagamento, não incidência dos efeitos da mora por fato imputável ao credor, etc.).

Contrastando a previsão legal de concessão *inaudita altera parte* da busca e apreensão satisfativa com o princípio da proporcionalidade derivado da garantia constitucional do devido processo legal substantivo, podemos concluir que a restrição ou limitação imposta ao contraditório não se mostrou necessária nem proporcional (proporcionalidade em sentido estrito).

Muito embora a restrição ou limitação imposta ao contraditório se mostre adequada a assegurar a máxima efetividade da atividade jurisdicional, conferindo ao demandado, em curtíssimo espaço de tempo, o resultado prático idêntico ao que teria obtido caso o devedor não tivesse inadimplido sua obrigação, os outros (sub)princípios que compõem o princípio da proporcionalidade não foram observados.

A medida legislativa não se faz *necessária*, eis que existem outros mecanismos igualmente idôneos à satisfação do direito do credor (v.g. processo de execução). Ademais, o próprio procedimento instituído pelo Decreto-lei n. 911/69, ao retirar o efeito suspensivo da apelação, já contribui para a otimização da prestação jurisdicional em caso de procedência da demanda.

Insta frisar que os eventuais prejuízos decorrentes da demora na efetivação da tutela jurisdicional ocasionados pela impossibilidade de concessão da liminar *inaudita altera parte* podem ser amenizados ou compensados pela incidência dos juros de mora.

A restrição à garantia constitucional fundamental do contraditório imposta pelo procedimento instituído pelo Decreto-lei n. 911/69 também não se coaduna com o (sub)princípio da proporcionalidade, porquanto a previsão legislativa, além de beneficiar somente uma parcela dos jurisdicionados (as instituições financeiras), pode, em determinados casos, atritar com o microsistema de proteção às relações de consumo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, é forçoso concluir, diante de todo o exposto, no sentido de que o art. 3º do Decreto-lei 911/69 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a medida liminar nele prevista não se coaduna com os postulados que informam a garantia do devido processo legal em sua dimensão substantiva.

Com efeito, a edição de provimentos antecipatórios *inaudita altera parte* no procedimento de busca e apreensão fiduciária em garantia só é possível se presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada previstos no art. 273, I, do Código de Processo Civil: probabilidade de existência do direito alegado e risco de ineficácia do provimento jurisdicional definitivo.

## 8 CONCLUSÃO

1 A Constituição Federal de 1988, na esteira do constitucionalismo contemporâneo, além de enunciar de forma expressa, mais não exaustiva, os direitos fundamentais, também instituiu os mecanismos que os assegurem, limitando a intervenção estatal na esfera de liberdade individual dos cidadãos - são as chamadas garantias constitucionais.

2 As garantias fundamentais são enunciadas através de princípios constitucionais, os quais têm como função otimizar a efetivação prática dos *valores* que informam o modelo de Estado Democrático de Direito plasmado na Constituição.

3 Os princípios constitucionais mais abrangentes (sobreprincípios), devido ao seu maior grau de generalidade e abstração, são concretizados por outros princípios de menor abrangência, que especificam o seu conteúdo e delimitam o seu âmbito de atuação.

4 A garantia de proteção jurídica implica no poder/dever do Estado de manutenção da coesão social, seja estabelecendo normas genéricas e abstratas de condutas (função legislativa), seja editando a norma individual para regular o conflito intersubjetivo de interesses que lhe é submetido à apreciação (função jurisdicional).

5 O exercício do poder/dever atribuído ao Estado de proteção decorre de sua soberania e encontra limites na garantia do devido processo legal - cuja origem remonta a Magna Carta de João Sem Terra - em sua dupla dimensão: procedimental e substancial.

6 A dimensão *substancial* do devido processo legal refere-se à limitação do exercício do poder do Estado de intervir na esfera de liberdade individual mediante a edição de normas genéricas e abstratas de condutas (atividade inerente à função legislativa ou ao poder regulamentar do Executivo), ao passo que o seu aspecto *procedimental* diz respeito à limitação da atividade estatal consistente na concretização do comando

abstrato da norma (atribuição ínsita à função jurisdicional ou ao poder disciplinar ou de polícia da Administração Pública).

7 A garantia do devido processo legal procedimental tem seu conteúdo delimitado pelos princípios do juiz natural; da isonomia; da vedação de produção de provas ilícitas; da inafastabilidade do controle jurisdicional; do contraditório e da ampla defesa; da duração razoável do processo; da motivação das decisões judiciais; e da publicidade dos atos processuais.

8 As garantias decorrentes do devido processo legal procedimental conformam o modo de ser do processo (administrativo ou jurisdicional) de solução de conflitos intersubjetivos ao modelo do Estado Democrático de Direito instituído pelo Texto Constitucional.

9 A garantia do devido processo legal substantivo é o resultado da evolução da interpretação e aplicação conferida à cláusula do *due process of law* (prevista na 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos) pela Suprema Corte americana.

10 A garantia do devido processo legal substantivo tem seu conteúdo delimitado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que lhe dão concretude e densidade.

11 O princípio da razoabilidade impõe limites à discricionariedade do exercício da função estatal de editar normas gerais e abstratas que impliquem tratamento homogêneo para situações distintas ou diferenciado para situações assemelhadas. O editor normativo deve observar, ao erigir o critério equiparador ou discriminatório, se este se revela congruente com a finalidade da norma.

12 O princípio da proporcionalidade impõe limites à atividade legiferante que resulte na restrição de direito ou garantia fundamental, estabelecendo critérios objetivos para aferição da validade da medida restritiva. Tais critérios são enunciados pelos princípios

da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e se prestam a aferir, diante do caso concreto, se a medida constitui-se em um meio idôneo para alcançar a finalidade da norma; se inexistem meios menos gravosos para o titular do direito ou garantia objeto da restrição; se os benefícios advindos da medida restritiva superam os prejuízos dela decorrentes.

13 Compete ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos. Este controle pode ser exercido de duas formas: pela via direta, por intermédio das ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADin, ADC e ADPF), de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ou pela via incidental, atribuição conferida, diante de um caso concreto que lhe submetido à apreciação, a qualquer órgão jurisdicional no exercício de sua função judicante.

14 O devido processo legal em seu aspecto substantivo condiciona a atividade do legislador, conferindo ao órgão jurisdicional - no controle de constitucionalidade difuso ou concentrado - o poder/dever de reconhecer a inconstitucionalidade dos atos normativos que importem restrição de direitos fundamentais sem a observância do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

15 A garantia-princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que decorre da garantia do devido processo legal procedimental tem como função otimizar a realização da tutela jurisdicional.

16 A garantia-princípio do contraditório e da ampla defesa que decorre da garantia do devido processo legal procedimental tem como finalidade assegurar a participação do destinatário do provimento jurisdicional no processo de sua formação, de maneira a otimizar a realização prática do *valor* democracia na prestação da função jurisdicional.

17 O princípio do contraditório caracteriza-se pelo binômio *informação-participação*, ou seja, exige que os provimentos judiciais sejam precedidos da comunicação da parte em

cuja esfera jurídica incidirão, a fim de que possa *participar* da formação do provimento, deduzindo as razões pelas quais a medida restritiva a determinado direito seu não deva ser efetivada.

18 Como qualquer garantia ou direito fundamental, o contraditório não é absoluto, podendo sofrer uma limitação quanto à sua incidência (contraditório diferido ou postecipado).

19 Diante de determinada situação, faz-se necessária, sob pena de *ineficácia* da tutela jurisdicional, que o contraditório seja diferido para um momento posterior. Neste caso, de acordo com a ponderação de valores/princípios procedida pelo legislador, a *garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional* se sobreporia à garantia do contraditório, autorizando o juiz, presentes os requisitos legais, a conceder liminares *inaudita altera parte*.

20 A previsão legislativa de procedimentos que imponham ao juiz, presentes determinados requisitos previamente estabelecidos, a emissão de provimentos antecipatórios sem que se assegure a prévia manifestação da parte sobre cuja esfera jurídica incidirão representa uma restrição à garantia do contraditório e da ampla defesa.

21 A aferição da constitucionalidade da restrição à garantia do contraditório imposta pela norma deve ser realizada pelo Poder Judiciário mediante a aplicação dos critérios fornecidos pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que informam a garantia do devido processo legal em sua dimensão substantiva.

22 Sendo confirmada pelo Poder Judiciário a inconstitucionalidade da norma restritiva, a mesma será, em se tratando de controle abstrato, extirpada do ordenamento. Na hipótese de controle difuso, o órgão jurisdicional que reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo deve deixar de aplicá-lo no julgamento do caso concreto.

23 O legislador pátrio, ao prever a possibilidade de o juiz emitir provimentos antecipatórios *inaudita altera parte*, ora erigiu como requisitos para sua emissão a demonstração da plausibilidade do direito afirmado em juízo (*fumus boni iuris*) e a comprovação da ocorrência, efetiva ou potencial, de uma situação que represente um risco à efetividade da tutela jurisdicional, em caso de procedência da demanda (*periculum in mora*) – tutela de urgência; ora se limitou a exigir tão-somente o requisito do *fumus boni iuris* - tutela da evidência.

24 As tutelas de urgência se dividem em antecipatória ou satisfativa e cautelar ou conservativa.

25 Os provimentos antecipatórios *inaudita altera parte* cuja concessão se fundamenta no *periculum in mora* mostram-se compatíveis com a garantia do devido processo legal, porquanto a medida restritiva ao contraditório autorizada pelo legislador mostra-se *adequada*, eis que apta a evitar a ineficácia da tutela jurisdicional; *necessária*, porquanto inexistente outro mecanismo processual apto a conduzir ao mesmo resultado; *proporcional em sentido estrito*, haja vista que o benefício decorrente da prevalência da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, supera os prejuízos acarretados pela restrição do contraditório imposta pelo diferimento da oportunidade de contramanifestação do interessado para momento posterior ao da edição do provimento liminar que incidirá sobre sua esfera jurídica.

26 A previsão legislativa das liminares possessórias, as quais se inserem entre as medidas que compõem a *tutela da evidência*, não viola a garantia do devido processo legal substancial, porquanto a restrição ou limitação da garantia-princípio do contraditório se mostra *adequada* ao atingimento da finalidade a qual se destina: otimização dos resultados do processo; *necessária*, eis que inexistem outros meios igualmente aptos ao alcance dos fins colimados; *proporcional em sentido estrito*,

porquanto o gravame imposto ao réu pela concessão da tutela possessória sem a observância prévia do contraditório não se mostra desproporcional ou desarrazoado em relação ao benefício a ser alcançado (celeridade/efetividade da prestação jurisdicional e restabelecimento da ordem jurídica).

27 A liminar prevista no procedimento da ação de busca e apreensão instituído pelo Decreto-lei n. 911/69 não se coaduna com os postulados do devido processo legal substancial, porquanto embora se apresente como *adequada* a conferir máxima efetividade à tutela jurisdicional; não se faz *necessária*, eis que existem outros mecanismos igualmente idôneos à satisfação do direito do credor; tampouco *proporcional em sentido estrito*, uma vez que só beneficia as instituições financeiras.



## 9 REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do Contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133-148.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista de Processo. São Paulo, n. 73, p. 7-14, jan/mar., 1994.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**, Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=216](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Perfil Dogmático da Tutela de Urgência**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=483](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=483)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A Urgência e o Direito de Família**, Porto Alegre: Juris Síntese – IOB, mai/jun 2006. 1 CD-ROM.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito Processual Civil**. ed. 10ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

ALVIM, Arruda. **Tutela Antecipatória: algumas noções** – contratos e coincidências em relação .... In: Liminares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 11-50.

ASSIS, Carlos Augusto de. **A Antecipação da Tutela**: (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros, 2001.

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

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. ed. 42ª. São Paulo: Globo, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. ed. 3ª. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. ed. 3ª. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. ed. 2ª. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. ed. 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito Material sobre o Processo. ed. 4<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**: Tentativa de Compatibilização (Diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo). 2005. 599 f. Tese (Apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). ed. 2<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. **Interpretação Constitucional e o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Rio de Janeiro, n. 54, p. 211-275, jan./mar. 2006.

BITAR, Orlando. **A Lei e a Constituição**. In: Obras Completas de Orlando Bitar, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 445-666.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 6<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. ed. 12<sup>a</sup>. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 1**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 2126/ES**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?s1=000223492&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?s1=000223492&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 855/PR**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000122770&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000122770&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp 930/DF**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000023578&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000023578&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1753-2**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?PROCESSO=1753&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=o&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?PROCESSO=1753&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=o&tip_julgamento=M)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 1407/DF**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000242908&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000242908&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 1969/DF**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=0003479210&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=0003479210&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 2019/MS**. Disponível em: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000275559&p=1&d=SJUR&f=i](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?S1=000275559&p=1&d=SJUR&f=i)>. Acesso em: 2 jul. 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 2<sup>a</sup>. Campinas, SP: Bookseller, 2003, vol. 1.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 2<sup>a</sup>. Campinas, SP: Bookseller, 2003, vol. 2.

CALAMANDREI, Piero, **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 12 ago. 2006.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, ed. 10<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, ed. 10<sup>a</sup>. edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, v. 3

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. ed. 5<sup>a</sup>. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade e das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. ed. 4ª. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 3ª Campinas: São Paulo, 2002, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 3ª Campinas: São Paulo, 2002, v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. ed. 23ª. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, André de Luizi. **A Citação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Coleção Estudos de Direito do Processo: Enrico Tullio Liebman – vol. 46. ed. Revista dos Tribunais. 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. ed. 4ª. Montevideo: Júlio César Faira, 2002.

DANTAS, C. F. San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, abril. 1948.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed. 22ª. São Paulo: Malheiros, 2006.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. ed. 6ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

DE ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Poder Cautelar do Juiz: (Medidas Provisórias)**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 42, p. 37-56, 1990.

DE MESQUITA, Gil Ferreira. **O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

DELGADO, José Augusto. **A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 696, 40-51, out., 1993.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Aspecto Material do Devido Processo Legal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 709, 249-255, nov., 1994.

- DIAS, Beatriz Catarina. **A Jurisdição na Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. ed. 3ª. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. ed. 5ª. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Revista Jurídica. Porto Alegre, n. 286, p. 5-28, ago. 2001.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares**. <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo54.doc>>. Acesso em: 8 ago. 2006.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas, SP: Bookseller, 2006.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de Busca e Apreensão em Propriedade Fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas Ações Possessórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 209, p. 7-18, jul/set. 1997.
- FINOCCHIARO, Giuseppe, **Sul Nuovo Procedimento Cautelare**. Rivista di Diritto Processuale. Padova, Itália. n. 3, p. 855-893, jul/set. 1995.
- FRANCO, Fernão Borba. **A Fórmula do Devido Processo Legal**. Revista de Processo. São Paulo, n. 94, p. 81-108, abr./jun. 1999.
- FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das Ações Possessórias**. ed. 5ª. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1.
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GHIRGA, Maria Francesca. **Principi Gerale del Processo e Misure Provvisorie**. Rivista di Diritto Processuale. Padova, Itália. n. 2, p. 489-510, abr./jun. 1997.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GOMES, Luiz Fernando da Silveira. **As Liminares no Processo Civil: Medidas de Urgência: Liminares nas Antecipações de tutela, Ações Especiais e nas ações Cautelares: Evolução e Tendência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. ed.17<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

GRECO, Leonardo. **A Teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

HOYOS, Arturo. **La Garantia Constitucional del Debido Processo Legal**. Revista de Processo. São Paulo, n. 47, p. 43-91, jul/set. 1987.

JULIANO, Sérgio Henrique Tiveron. **Devido Processo e o Fluxo do Tempo Legal**. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Franca, SP, n. 6, p. 167-185, mai. 2001.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. ed. 8<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Forense, v. 8, Tomo I, 2001.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no Processo Civil**. ed. 2<sup>a</sup>. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido Processo Legal Substancial**. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=6](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6)>. Acesso em: 12 ago. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. ed. 6<sup>a</sup>. São Paulo. Malheiros, 2000.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda**. ed. 5<sup>a</sup>. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 4<sup>a</sup>.edição revista, atualizada e ampliada. ed. Revista dos Tribunais. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**, arts. 461, CPC e 84 do CDC. 2<sup>a</sup>. edição revista. ed. Revista dos Tribunais. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito Constitucional. ed. 3<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. ed. 3<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela e Efetividade do Direito**. Porto Alegre: Juris Síntese – IOB, mai/jun 2006. 1 CD-ROM.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 7<sup>a</sup>. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Cybele. **Devido Processo Legal**. Revista de Direito Constitucional e Internacional 32/176-192.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. ed. 2<sup>a</sup> Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. ed. 9<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1990.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Cousas**. ed. 3<sup>a</sup>. São Paulo: Freitas Bastos, 1940.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

POZZA, Pedro Luiz. **O Devido Processo Legal e suas Acepções**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n. 101, 247-276, mar. 2006.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVEIRA, Paulo Fernando da. **Devido Processo Legal (Due process of law)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada: Tutelas de Urgência e Medidas Liminares em Geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SATA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Campinas: LZN, 2003.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil**. ed. Revista dos Tribunais n. 665. 1991. 12-22.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume II e III**. 13ª. edição. Rio de Janeiro. ed. Forense. 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **Medidas Cautelares Constritivas Patrimoniais**. In: Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 185-216.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do Processo sem Dilações Indevidas**. In: **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 234

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia da Prestação Jurisdicional sem Dilações Indevidas como Corolário do Devido Processo Legal**. In: Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 99-184.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 646, 33-40, ago. 1989.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. ed. 2ª. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: relações entre processo e constituição**. In: Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 23-62.

ZARIF, Marcelo Cintra. **Alienação Fiduciária de Bens Móveis: (Decreto n. 911/69)**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Procedimentos Especiais: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1404-1411.

ZOLLINGER, Márcia. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006.



