TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

José Eduardo Suppioni de AGUIRRE*

1. O Destaque Dado Pelo Código de Processo Civil Brasileiro ao Processo de Conhecimento

1.1. O Código de Processo Brasileiro veio à luz, dando evidente destaque ao processo de conhecimento.

Em seu art. 270, o supracitado diploma declara regular o processo de conhecimento, de execução, cautelar e os procedimentos especiais.

Insere o processo de conhecimento no Livro I, submetendo-o ao procedimento comum, ou seja, ordinário e sumaríssimo (hoje sumário).

A primeira indagação, que se impõe, é qual a caracterização essencial do processo de conhecimento?

O processo de conhecimento tem como fulcro a composição lógica da lide, através da aplicação do direito material à mesma.

Encerra-se ele, quer quando inaugurado por ações declaratórias, constitutivas ou condenatórias, por uma operação intelectual e ato de vontade do juiz, onde, simplesmente, declara-se ou declara-se e aplica-se o direito ao caso concreto, sem que se pratiquem, em seu interior, atos invasivos do patrimônio jurídico do réu.

Exatamente por estar o juiz impedido de gerar atos concretos incidentes sobre o patrimônio do réu, é que tal processo passou a ser conceituado como *"de conhecimento"*.

Por isso é que sua província é circunscrita às operações mentais de aferição da prova dos fatos alegados, escolha da lei pertinente aos mesmos e:

a) declaração pura e simples da existência ou não do direito do autor (ação meramente declaratória);

b) declaração da existência do direito do autor e determinação de vontade de suas conseqüências jurídicas consistentes na criação, modificação e extinção de relações jurídicas (ação constitutiva);

c) declaração do direito do autor e condenação do réu ao pagamento de soma em dinheiro, a dar coisa certa ou incerta, praticar ou deixar de praticar determinada conduta, fazer ou deixar de fazer (ação condenatória).

Observe-se que, nas hipóteses de ação declaratória e ação constitutiva, a simples prolação de sentença de procedência satisfaz o autor.

Na declaratória, busca o autor a segurança de ver reconhecido o seu direito com a estabilidade emanada da coisa julgada, como ensina João Batista Lopes em seu **"Ação Declaratória" (ed. RT, 1985, pág. 59)**.

Assim, o juiz, reconhecendo a existência de um direito, declara-o por ato de vontade.

Na constitutiva, a sentença, além de declarar o direito do autor à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, determina, através da simples manifestação de vontade do julgador, tais efeitos, que se produzem de imediato, sem necessidade da prática de qualquer outro ato concreto.

Como se vê, em ambas as ações retromencionadas, o autor é satisfeito com atos lógicos e de vontade do julgador, não sobrevindo, fora ou dentro do processo, qualquer ato concreto direcionado contra o réu.

O processo de conhecimento condenatório exaure-se com o reconhecimento do direito do autor e a condenação do réu, significando esta última a aplicação ao mesmo de uma sanção

(*) Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

processual, consistente na possibilidade de, em não cumprindo a obrigação declarada, ver-se submetido, independentemente de sua vontade, a atos estatais tendentes à satisfação do credor, através de transferências de seus bens ou até mesmo constrição de sua liberdade **(art. 733 do C.P.C.)**.

Cândido Rangel Dinamarco, depois de aclarar que a sanção processual consiste em "substituir a prestação do obrigado pelos atos de subrogação que caracterizam a execução forçada", lembra, também, que "responsabilidade patrimonial (ou executiva) é uma situação meramente potencial, caracterizada pela sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas destinadas à atuação da vontade concreta do direito material" **("in" "Execução Civil", ed. Malheiros,1997, págs. 240, nota 8, e 244)**.

No entanto, para a concretização da sanção processual, que pende potencialmente na sentença condenatória, mister será que o autor maneje outra ação, isto é, a ação de execução, que dá início ao processo de igual nome, consistente na prática de atos materiais estatais tendentes à satisfação do credor.

O fenômeno é dissecado por Teori Albino Zavascki:

> *"A distinção entre cognição e execução situa-se, essencialmente, na finalidade de cada uma delas: na cognição o objetivo é "descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso"; na execução é de "efetivar o conteúdo daquela regra"; na cognição, busca-se ver declarado "o que deve ser"; na execução, busca-se "conseguir que seja o que deve ser"; a cognição está direcionada à "declaração de certeza de uma mandato indivudualizado"; a execução "trata de fazer com que o mandato individualizado declarado certo pela decisão, seja executado praticamente". Desse modo, "na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas essas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima* **("in" "Título Executivo e Liquidação", ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 21)**.

Impende, também, reproduzir considerações Ovídio A. Baptista da Silva, que disseca, em várias de suas obras, a essência do processo de conhecimento, denunciando as ligações ideológicas que o levaram à consagração pelo processo civil nascente no século XIX, ligações essas que examinaremos mais abaixo.

Por enquanto, acompanhemos o ilustre professor gaúcho na caracterização do processo de conhecimento, como campo restrito às operações lógicas e de vontade do juiz:

> *"Eis a razão de ser do denominado "processo de conhecimento"; com suas três espécies de sentenças, através das quais o magistrado simplesmente julga, diz o direito, realizando uma atividade puramente lógica; e nada executa, no plano da realidade social"* **("in" Curso de Processo Civil, Sérgio Antonio Fabris Editor,1987, pág. 95)**.

E ainda:

> *"Resumindo: o procedimento só é ordinário porque - ao seguir-se a ordem natural dos juízos (ordo judiciorom privatorum) - riscam-se dele todas as decisões liminares, por meio das quais poderia o magistrado eventualmente dar disciplina provisória aos fatos da lide, ou mesmo antecipar-lhe, como acontece por exemplo com as liminares dos processos interditatais, o resultado final da provável sentença de procedência"* **(Ob. cit. pág.102)**.

Em resumo, o processo de conhecimento condenatório encerra-se, também, em atos lógicos e de vontade, não satisfazendo integralmente o credor, que fica remetido a outro processo calcado na sentença, que ganha a condição de título executivo.

Restou, em fim, estabelecida pelo Código de Processo Civil a dicotomia Processo de Conhecimento - Processo de Conhecimento **(art. 270)**.

É claro que, consoante se verá, no curso do presente trabalho, esta situação alterou-se profundamente com a reforma de 1994, introdutória da tutela antecipada.

2. A Dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução Tem Profundas Raízes Históricas

Tal como observa Liebman, "o direito romano observou com grande rigor o princípio, segundo o qual deviam conhecer-se as razões das partes antes de fazer-se a execução" **("in" Processo de Execução, ed. Saraiva, 1968, pág.9)**.

Anota ele como, depois do ano 1000, nas universidades italianas, a concepção dicotômica romana entrou em choque com a germânica, **"rude e violenta, impaciente de qualquer demora, que permitia em primeiro lugar a realização de atos executivos e admitia só eventualmente e incidentemente o exame imparcial das razões dos contendores" (Ob. cit. pág.10)**.

E aponta para circunstância de terem os juristas da idade média conseguido **"realizar um compromisso entre essas duas correntes contrárias e, atendendo as necessidades sociais e jurídicas de seu tempo", criar "o novo instituto da executio parata" (Ob. cit. pág.10)**.

E obtempera o jurista italiano que a **"executio parata", por sua alta eficiência prática, representa hoje a solução do problema"(Ob. cit. pág. 10)**.

3. Os Compromissos do Processo Civil Científico, em seu Despertar, com o Processo de Conhecimento e a Dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução e o Caráter Ideológico dos Mesmos

3.1. O século XIX contempla o nascimento do "Processo Civil Científico", que vem à luz, principalmente, pelos trabalhos de Von Büllow e Wach, o primeiro isolando a relação jurídica processual da relação jurídica material e o segundo o direito de ação do direito material.

Vive o século XIX o apogeu do Estado Liberal, em que prevalece a concepção de que a sociedade se compõe de indivíduos titulares de direitos oponíveis ao Estado, a quem cabe, simplesmente, garantir a ordem jurídica, sem intervenção no espaço de liberdade do cidadão.

Cuidaram as constituições liberais não só do asseguramento de direitos contra o Estado, como também do fracionamento do Poder em Executivo, Legislativo e Judiciário, como forma de impedir o seu agigantamento.

Sob tal aparelhamento legal e político, estavam os interesses econômicos da burguesia e sua preocupação na preservação dos mesmos contra a interferência estatal.

Acompanhem-se as seguintes manifestações de Paulo Bonavides sobre o tema, expendidas em seu **"Do Estado Liberal ao Estado Social"**, Malheiros Editores,1996:

> *"Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. Foi assim que o trataram os primeiros doutrinários do liberalismo, ao acentuarem, deliberadamente, essa antinomia. A sociedade representava historicamente, e depois racionalmente, com Kant, a ambiência onde o homem fruía de plena liberdade. O Estado e a soberania implicavam antítese, restringiam a liberdade primitiva. Com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade de função preponderante, fazendo do Estado o achado servo do indivíduo. Com o advento do Estado, que não é de modo algum um* ***prius****, mas necessariamente, um a* ***posteriori*** *da convivência humana, segundo as teorias contidas na doutrina do direito natural, importava, primeiro que tudo, organizar a*

liberdade no campo social. O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao negativum dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo. Decorrente dessa posição filosófica, temos o ***Estado gendarme*** *de Kant, o* ***Estado guarda-noturno****, que Lasalle tanto ridiculizava, demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum. Este só se alcança quando os indivíduos se entregavam à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo de natureza estatal. A Sociedade, por sua vez, na teoria do liberalismo, se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos. A cláusula kantista, do respeito mútuo da liberdade de cada um, converte-se em domínio onde as aptidões indivíduos se concretizam, à margem de todo esboço de coação estatal"* **(Ob. cit. 39/40)**.

"O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se, com esse ordenamento abstrato e matafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre, na defesa da liberdade e do direito, o papel fundamental do Estado. Sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alhamento e ausência de iniciativa social. Esse primeiro ***Estado de Direito****, com formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia"* **(Ob. cit. pág. 41)**.

"A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Monstesquieu e kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade" **(Ob. cit. pág. 45)**.

Condensando:

a) a ordem jurídica funda-se em liberdade individuais;

b) como garantia das liberdades divide-se o poder entre três órgãos: executivo, legislativo e judiciário;

c) a vontade dos poderes deve ser a vontade da lei e sua ação deve ser conforme a mesma, de forma tal que os mesmos permanecem neutros.

3.2. O caráter ideológico de tais fundamentos do Estado Liberal é patente.

Por primeiro, a burguesia capitalista precisava de liberdade em seus negócios, assegurando-se do distanciamento do Estado.

Por segundo, necessitava ela, para os seus empreendimentos, de certeza e segurança na realização de seus projetos, elementos só alcançados pela vontade "neutra" da lei e pela ação do Estado e dos indivíduos em função dela, ação essas, portanto, também "neutras".

3.3. Ao mesmo tempo, a visão do direito, veiculada pelos juristas, é de cunho nitidamente positivista.

O positivismo jurídico, como lembra Vera Regina Pereira de Andrade, pode ser visto do ângulo de seu objeto, bem como teoria.

3.3.1. Quanto ao objeto, o direito resume-se na lei ("in" Dogmática Jurídica - Escorço de sua configuração e identidade - ed. Livraria do Advogado, 1996, págs. 56/57).

Os valores éticos, portanto, constituem objeto da moral e não preocupação dos juristas.

3.3.2. Como teoria, o positivismo consiste no:

a) estudo da norma jurídica em abstrato, objetivando a sua caracterização;

b) estudo do conjunto das normas ou do ordenamento jurídico como sistema completo;

c) interpretação da vontade do legislador, ou seja, em atividade essencialmente lógica e dedutiva **(Ob. cit. págs. 59/61)**.

Perceptível a busca do conhecimento pelo isolamento de princípios fundamentais e, nessa medida, informativos do todo, característico das ciências naturais.

3.4. Percebe-se que tal modo científico de pensar o direito, com abstração do problema dos valores, está ajustado aos interesses de segurança e certeza, como se o direito nada exigisse senão puro e neutro raciocínio geométrico dedutivo, sem nenhuma tangência com a questão dos valores.

3.5. Em condensação, a ordem jurídica, o estudo do direito e sua aplicação são ideologicamente comprometidos com a economia liberal, que exige a certeza, a neutralidade, e, em última análise, a proteção contra o arbítrio estatal.

3.6. Como não podia deixar de ser, o Processo Civil Científico nasceu contaminado pela ideologia do liberalismo.

E nada mais coerente com as concepções liberais do que a consagração do processo de puro conhecimento, com a intervenção estatal no patrimônio do réu só depois da sentença definitiva.

A proteção contra o Estado ficava assegurada, na medida, em que este só interviria no patrimônio jurídico do cidadão depois de alcançada a certeza sobre os fatos, que, por sua vez, permitiria a aplicação neutra da vontade da lei.

Por outro lado, um processo de conhecimento materializado em procedimentos simples e que, ao mesmo tempo, permitissem o conhecimento da controvérsia em todos os seus ângulos, como é o caso do procedimento comum, seria, ao ver dos juristas de então, um caminho para a rápida solução dos conflitos.

Ora, a rápida solução dos conflitos também era exigência do capitalismo em evolução.

Manifesta, então, as raízes ideológicas do processo de conhecimento, através do procedimento comum.

Sobre o caráter ideológico do processo de conhecimento, tendo como expressão o procedimento comum, merece ser lida a lição de Ovídio Baptista da Silva:

"Todo o movimento doutrinário que sustentou o próprio estabelecimento do Direito Processual Civil como um ramo autônomo da ciência jurídica, a partir justamente do conceito de "ação" processual, estava inserido no amplo contexto histórico do liberalismo capitalista do século XIX europeu e a serviço de suas proposições teóricas fundamentais. Estes ideais, no campo do direito processual, retletiam-se na exigência de que a jurisdição fosse confiada a juízes desprovidos de qualquer poder de império, passivos e inertes, cuja única missão deveria ser a mera aplicação do direito legislado. Eis a razão de ser do denominado "processo de conhecimento", com suas três espécies de sentenças, através das quais o magistrado simplesmente julga, diz o direito, realizando uma atividade puramente lógica; e nada executa, no plano da realidade social.

As mesmas exigências do nascente estado industrial refletiam-se igualmente no campo do Direito Processual civil com uma intensidade sequer suspeitada pelos doutrinadores, no sentido de buscarem-se formas e estruturas procedimentais capazes de atender a suas outras necessidades básicas do Estado liberal: ***a certeza do direito*** *e a maior simplicidade e celeridade procedimentais. Nem seria realmente possível imaginar-se a vitória da civilização industrial contemporânea, a partir do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, se o direito não pudesse assegurar ao litigante vitorioso em juízo, para sempre, os resultados práticos de sua vitória. Para o empresário moderno, sempre que ele tenha de sujeitar-se a uma controvérsia judicial, é mil vezes preferível uma rápida derrota do que uma vitória demorada ou parcial, que ainda deixe pontos litigiosos, capazes de alimentar novas demandas posteriores. Para os* ***'homens de negócio'****, a perda de uma demanda judicial pouco ou nada representa, em termos de encargos financeiros, pois são inúmeras e conhecidas as técnicas de composição de custos de produção, por meio das quais é-lhes perfeitamente possível,*

e fácil, transferir ao ***'consumidor'*** *os prejuízos decorrentes da derrota processual. Estes, assim como os lucros, são perfeitamente escrituráveis. A incerteza jurídica não. Nenhum empresário, seja ele pertencente ao setor de atividade que se quiser, poderá conviver com a incerteza"***(Ob. cit. pág. 95/96)**.

E está claro que a "canonização" do processo de conhecimento determinava, quando fosse ele de cunho condenatório, a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução.

Se, para os processualistas de então, a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução correspondia à fórmula ideal, e estava perpassada por vistoso eixo ideológico, é certo que o mesmo acontecia com as suas investigações científicas.

Contaminados pela crença de que a ordem jurídica, além de exaurir o fenômeno jurídico, tinha como finalidade o mantenimento da realidade social e econômica existentes, os processualistas limitavam-se à contemplação dos textos legais, sem qualquer inquietação com os resultados externos do processo.

Procurarão eles, através da metodologia positivista, a classificação dos institutos e a determinação dos princípios básicos e informativos dos mesmos.

Em razão disso, anos a fio, os processualistas, depois de classificarem os institutos básicos do processo civil em ação, relação processual e jurisdição, passaram a pesquisar os princípios fundamentais de cada um dos mesmos, na edificação do processo civil científico.

Como os motivos sociais da criação das normas, o ajustamento das mesmas aos valores éticos socialmente consagrados e a repercussão social delas eram, ao ver deles, questões metajurídicas, tudo isso foi isolado dos estudos processuais.

3.7. Do conjunto do que se aduziu, extrai-se que, sendo a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução consagrada como verdade ideal pelo legislador e pelos processualistas, a proteção judicial aos direitos, através de sentenças que compunham logicamente os confrontos, acabou por ser considerada como padrão.

Diferenciada seria a atividade judicial consistente no exame parcial da lide e no deferimento de liminares, antes do julgamento definitivo das pretensões processuais, bem como na prolação de sentenças definitivas, cujos efeitos concretos se manifestassem dentro do mesmo procedimento inaugurado com a inicial e sem necessidade do ajuizamento da ação de execução.

Os procedimentos que comportavam tais providências, e eles sempre existiram em caráter de exceção, como é o caso das possessórias, foram classificados de especiais, e, sintomaticamente, protegiam pretensões ligadas a bens patrimoniais.

4. O Declínio do Prestígio da Dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução Bem Como do Processo de Conhecimento nos Casos em que a Sentença Definitiva Satisfaz

4.1. O nosso século contemplou o declínio do liberalismo.

As profundas desigualdades econômicas, criadas pelo capitalismo incontrolado, com os inevitáveis confrontos entre as classes sociais detentoras dos meios de produção e o restante da sociedade deles desprovidas, colocaram em xeque o Estado Liberal.

As distorções na distribuição da riqueza fizeram com que as liberdades constitucionais e muitos dos direitos assegurados na legislação infraconstitucional fossem meras ficções, posto que só os economicamente aquinhoados, efetivamente, deles desfrutavam.

O Estado Liberal dá lugar ao Estado Social, que não seria mais neutro.

Passa este último a buscar a igualdade substancial dos cidadãos e, para conseguí-la, despese da posição de Estado ausente para atuar, efetivamente, na vida social e econômica, procurando distribuir as riquezas de forma mais equitativa.

O Estado Social, na persecução de tal objetivo, ora manterá a estrutura política democrática, ora a abandonará, como foi o caso dos estados socialistas.

À medida em que o século avança e que, mercê, da informática, o intercâmbio de riquezas e idéias se torna mais rápido, vislumbrará ele a ruína dos estados sociais autoritários e a prevalência dos estados sociais democráticos.

As constituições dos estados sociais democráticos não serão neutras, pois estarão comprometidas com o objetivo da construção de uma ordem jurídica real e não apenas conceitual, criando, enfim, uma democracia substancial, conciliando classes e grupos sociais de interesses antagônicos, em prol de uma unidade marcada, dialeticamente, pela presença de contrários em clima de coexistência.

Para o alcance de tal desiderato, as constituições, além de manterem os clássicos direitos de primeira geração, disporão sobre direitos sociais e econômicos, ditos de segunda geração, objetivando a melhor distribuição da riqueza, bem como protegerão direitos de minorias (raciais, sexuais, culturais e etc), e a qualidade de vida dos cidadãos, nas urbes e diante da natureza.

Fixarão princípios e regras, perfeitamente diferenciadas conceitualmente.

Realmente na esteira do escólio de Canotilho, enquanto as regras *"são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção"*, os *"princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas"*, *impondo "a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica"* e *"não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de "tudo ou nada"* (*"Direito Constitucional e Teoria da Constituição"*, **Almedina, pág.1.123)**.

Doravante, cumpre ao Poder, nas suas expressões Executivo, Legislativo e Judiciário, missões transformadoras da sociedade, papel que, também, deve ser desempenhado pela lei.

Proliferam, em nível infraconstitucional, normas de caráter aberto, que propiciam a seus aplicadores opções variadas de condutas, diante dos casos concretos, em função dos princípios contidos na Lei Maior.

Em condensação, o Direito passa a ser um instrumento de alteração da realidade social e econômica, de forma a propiciar a existencialização dos direitos, abrigando, como ensina Reale, em dialética de complementariedade, fato social captado e regrado pela norma, em função de valores acolhidos pelo legislador:

> *"Isto posto, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar **fato-valor** se resolve, a meu ver, num processo normativo de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e a sua aplicação* **("in" "Teoria Tridimensional do Direito" - Situação Atual - ed. Saraiva,1994, pág. 74)**.

4.2. Muda, assim, a visão tradicional do Poder Judiciário.

A este não cabe, apenas, através do método lógico-sistemático, dizer a vontade da lei e aplicá-la ao caso concreto.

O Judiciário, como o Executivo e o Legislativo, estará empenhado na realização da democracia substantiva e na concretização dos valores constitucionalmente protegidos.

Cumprirá sua missão constitucional através do processo, impendendo lembrar as considerações de José Carlos Barbosa Moreira:

> *"O processo é o canal por que se exerce a jurisdição; esta, por sua vez, inclui-se entre as manifestações essenciais do poder estatal. Não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante. As decisões dos juízes são decisões de órgãos do Estado, como as dos legisladores e as dos administradores: concorrem com umas e outras para a definição dos rumos da sociedade politicamente organizada. A diferenciação entre essas categorias nasceu, firmou-se e desenvolveu-se menos como sinal de diversidade ontológica do que como opção*

de conveniência - inspirada provavelmente, de início, em considerações de ordem prática relacionadas com a necessidade da divisão do trabalho, que a crescente complexidade social gerava, e depois, também, nas sociedades que se afastaram do absolutismo, em certa prevenção contra a excessiva concentração do poder, aliada à crença na eficácia de mecanismos de controle recíproco dos órgãos (impropriamente ditos ***"poderes"****) do Estado. De qualquer modo, já se vai recolhendo ao museu dos mitos a idéia da* ***"neutralidade política"*** *do Judiciário, sem que isso signifique por força render tributo às concepções radicais que enxergam na Justiça mero instrumento de dominação de uma sobre outra classe"* **("in" Revista de Processo, nº 49,1988, pág.12).**

4.3. Em última análise, o processo passa a ter uma finalidade instrumental, que exige, como explicitado por Cândido Rangel Dinamarco, a implantação de procedimentos de resultados, ligados aos escopos jurídico, social e político *("in" "Instrumentalidade do Processo", ed. RT, 1987).*

O escopo jurídico é a aplicação da vontade da lei ao caso concreto, consistindo o escopo social na pacificação justa dos confrontos, enquanto que o político identifca-se com a reafirmação da ordem jurídica criada pelo Estado.

Em compêndio, ao Poder Judiciário cumpre, via processo, garantir a efetividade do direito, comparticipando para a democracia substantiva e não meramente formal.

No entanto, mister se faz aprofundar o exame do tema.

O que significa a vontade da lei e o que significa a pacificação justa?

A lei infraconstitucional está submetida não só aos requisitos formais de sua elaboração, contidos na Constituição.

Está, também, jungida aos princípios e valores que a Carta Magna consagrou, eis que, como lembra Paulo Bonavides *"as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"* **("in" Curso de Direito Constitucional", 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo,1996, pág. 237).**

Logo, aplicar a vontade da lei consiste em escolher, entre as várias interpretações de seu comando, a mais afinada com os princípios e valores constitucionais, produzindo a pacificação justa dos confrontos.

Oportuna a ponderação do Ministro José Carlos Moreira Alves, ao abordar as técnicas de julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da lei:

> *"Finalmente, com relação às técnicas de julgamento, o Supremo Tribunal Federal tem adotado algumas de inspirações no sistema constitucional alemão. Assim, temos a chamada interpretação conforme a Constituição. É dizer, aqueles casos nos quais a lei admite uma pluralidade de interpretações das quais apenas uma é considerada constitucional. Desta forma, se declara a procedência parcial da ação para o fim de se declarar que são inconstitucionais todas aquelas interpretações que não aquela que o Supremo fixou no seu dispositivo. A este prodecimento se dá o nome de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, porque nada se retira materialmente do texto, apenas se retira deste uma parte do seu conteúdo significativo"* **("in" "10 anos de Constituição", ed. Celso Bastos,1998, pág. 255).**

Para o positivismo jurídico a vontade da lei era extraída da norma em exame, através de critérios gramaticais e lógico-sistemáticos, só sendo permitido o recurso a princípios, quando insuficientes aqueles.

Na ótica instrumental do processo, os princípios constitucionais devem presidir a escolha das várias interpretações captáveis pelos critérios gramatical e lógico-sistemático.

Mais ainda, cumprirá, na aplicação da lei, verdadeira missão criadora dos juízes, em virtude do progressivo surgimento de cláusulas gerais nas normas jurídicas.

Lapidar, nessa linha, o obtemperado por José Carlos Barbosa Moreira:

"Outra manifestação do papel ***"criador"*** *do órgão judicial é a que se relaciona com a tendência - progressivamente acentuada, nos últimos tempos, em vários setores da legislação - a empregar traços mais flexíveis na configuração dos esquemas de fato a que se atribuem determinados efeitos jurídicos. Para não enrijecer de modo exagerado a disciplina das relações sociais, dificultando a sua indispensável adaptação às mutáveis condições econômicas, políticas, culturais - cujo incessante dinamismo caracteriza as sociedades contemporâneas -, abstém-se o legislador de descer a minúcias na configuração das hipóteses de incidência, limitando-se a inserir na norma legal alguns dados genéricos ou elementos de referência, que compõem um* ***"quadro"*** *a ser preenchido pelo aplicador da lei, mediante a utilização de padrões variáveis de acordo com as concepções dominantes no ambiente histórico e social. Cresce de freqüência o uso das* ***"cláusulas gerais"****; dos standards jurídicos, dos conceitos indeterminados; e em igual medida aumenta de vulto a tarefa do órgão judicial, chamado a assentar, caso por caso, por exemplo, se são* ***"contrários à moral e aos bons costumes"*** *os atos em razão dos quais se quer privar o pai do pátrio poder (Cód. Civil, art. 395, III); ou se o locatário cumpriu a obrigação de tratar a coisa alugada* ***"com o mesmo cuidado como se sua fosse"*** *(Cód. Civil, art. 1.192, I, fine); ou se o ato praticado pelo mandatário exorbitou da* ***"administração ordinária"*** *e por isso dependia da concessão de poderes expressos e especiais no instrumento do mandato (Cód. Civil, art. 1.295, § 1º); ou se o litigante não podia "razoavelmente desconhecer" a falta de fundamento da pretensão ou da defesa deduzida, para que se haja de afirmar a sua responsabilidade por dano processual (Cód. Proc. Civil, art. 17, I); etc.* **("in" "Tema de Direito Processual", ed. Saraiva,1977, pág.10)**.

4.4. Em síntese apertada, como anotou Maria da Glória Colucci, com a "concreção axiológica do Direito" , coloca-se no centro da imputação, ao subsumir-se o fato à norma, a preocupação constante com a realização prática de valores, pretendendo atrair para o ato decisório (entendido em seu sentido amplo, qual seja de escolha da norma aplicável ao caso), não apenas elementos de ordem lógica, como histórica, axiológica, econômica, etc. ("in" " Fundamentos de Teoria Geral do Processo", ed. JM.,1999, pág. 25).

4.5. Para tais finalidades, mostra-se a dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução insuficiente.

O longo tempo consumido pelo processo de conhecimento para preparação do título executivo e a necessidade do ajuizamento da ação de execução, com a possibilidade, inclusive, da ação incidental de embargos, tornam a ação transformadora do processo sobre a realidade, através da pacificação justa dos confrontos e da garantia da existencialização dos direitos assegurados nas normas, na maior parte das vezes, inócua.

Quando, depois do extenso "iter" percorrido, sobrevem a satisfação concreta do direito postulado, já sofreu o autor, na maior parte dos casos, prejuízos tão grandes, que o processo não lhe garantiu a mesma satisfação que teria, se o litígio não tivesse sobrevindo.

Essa constatação, imersa numa concepção da ordem jurídica transformadora da sociedade, conduziu os processualistas à preocupação com os efeitos práticos do processo.

Como acentua o Prof. Cândido Dinamarco, *"o novo momento metodológico dos estudos processualistas" diz respeito a um "processo civil de resultados"* **("Revista de Processo", RT, no 81, jan/mar 1996, pág. 61)**

Não se trata de renegar as conquistas do "processo científico", mas sim de vê-lo do ponto de vista de suas finalidades concretas.

Como se infere ao processualista cumprirá o estudo de instrumentos técnicos capazes de fazer com que o processo traga benefícios a quem dele se vale, se acobertado estiver pela vontade da lei.

Em arremate não se contemplam mais as normas jurídicas processuais, para fixação e estudos de seus princípios, como ocorreu no século passado.

Hoje, o ângulo de inquietação consiste no vislumbre do processo como instrumento de alteração de situações sociais conflitantes concretas, restabelecendo direitos, no plano existencial, em conformidade com princípios e valores constitucionalmente albergados.

5. As Tutelas Diferenciadas

5.1. Precisões Conceituais

5.1.1. A crise do processo de conhecimento, expresso no procedimento comum, conduziu os processualistas à cogitação de um novo tema, isto é, o das tutelas diferenciadas.

5.1.2. Antes de mais nada, cumpre definir o que é tutela, à ótica do processo civil moderno.

Cândido Rangel Dinamarco, em artigo de 1996 e, portanto, olhando para passado recente, procura definir o que seja tutela, a partir da efervescência sobre o tema da instrumentalidade do processo, expresso em múltiplas manifestações dos doutos, inclusive de outros países.

Conclui que tutela jurisdicional consistiria no benefício externo ao processo acarretado pela sentença:

> "Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdicional, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados - e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados". A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito. *"Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente"* (Liebeman) - eis que a chave para a distinção entre ação e direito à tutela jurisdicional, no quadro das tendências do processo civil contemporâneo.
>
> O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis. Tal idéia da *efetividade da tutela jurisdicional*, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do *processo civil de resultados.*
>
> *A reabilitação do conceito de tutela jurisdicional, contemporânea à relativização do binômio direito-processo, tem valor sistemático de permitir afirmações como essa, de inclusão dos bons resultados justos do processo no contexto metodológico do direito processual. O dogma da autonomia deste, cultuado com obsessão durante um século, já produziu os resultados científicos desejáveis e não merece ser erguido em pedestal capaz de isolar o processo da realidade. Falar em* ***tutela jurisdicional****, nesse contexto moderno, constitui legítimo desdobramento do postulado da* ***instrumentalidade do processo****. O retorno ao tema harmoniza-se com tendência à visão do sistema processual pelo ângulo externo, em contraposição ao método introspectivo que os estudos dogmáticos principiados no século passado propiciaram"* **("in" "Revista de Processo", RT, nº 81, jan/mar 1996, pág. 54/55).**

5.1.3. Fixado o conceito de tutela, impende investigar o significado do predicado "deferenciada", encontrado em múltiplas manifestações doutrinárias.

5.1.4. Ovídio Baptista da Silva, em obra de 1987, versou sobre as tutelas diferenciadas, referindo-se a várias qualificações.

A Assim é que, expondo a função instrumental do processo, lembra a necessidade de desenvolvimento de formas especiais de procedimentos, que chama de sumários, onde se assegure uma tutela preventiva:

> *"Segundo se diz, se a função do processo há de ser verdadeiramente* ***instrumental****, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, às mais das vezes, precário e aleatório sucedâneo indenizatório. A partir desta idéia básica, busca-se hoje, tanto no campo doutrinário, quanto na prática judiciária, desenvolver formas especiais de procedimentos sumários, por meio dos quais a ordem jurídica assegure a realização* ***efetiva*** *de cada direito subjetivo, protegendo-o, quando necessário, através de alguma forma de* ***tutela preventiva****.* **("in" "Curso de Processo Civil", Sérgio Antonio Fabris, 1987, pág.106).**

B Menciona, em seguida, os processos interditais, ou simplesmente interditos, cuja característica genérica está na possibilidade de o juiz poder outorgar ao autor uma decisão liminar que antecipe, em parte o resultado da futura sentença de procedência da ação **(Ob. cit. pág.106)**.

C Aponta, também, o processo sumário documental, onde é "possível reduzir-se a área de cognição judicial, numa determinada demanda, impedindo que as partes se valham de certas provas, ou impossibilitando-lhes a prova de certos fatos, cuja demonstração exija o emprego de algum instrumento probatório demasiadamente complexo e de produção demorada" lembrando, como exemplo, o mandado de segurança" **(Ob. cit. pág. 109)**.

D Relaciona, por fim, os processos monitórios e injuncionais, aduzindo que:

> *"nascidos da mesma vertente que nos deu os* ***processos documentais****, caracterizam-se também pelo emprego de uma técnica similar de sumarização, com* ***inversão de contraditório****, através de inserção de uma fase preliminar, onde o juiz - com base na simples verossimilhança do direito sumária e superficialmente provado pelo autor - profere uma decisão liminar condenatória. Proferida a decisão liminar, então o réu há de ser citado para defender-se. Nos processos monitórios puros, de que nossa antiga* ***ação comunitária****, do art. 302 do C.P.C. de 1939, era exemplo, a contestação oferecida pelo demandado, por si só, tem a virtude de transformar o preceito contido na decisão liminar em simples citação e o processo, a partir daí, prosseguirá como se fora desde o início uma ação ordinária comum"* **(Ob. cit. pág. 111)**.

5.1.5. Em percuciente exame da cognição no processo civil, Kazuo Watanabe, em 1987, dividiu-a em horizontal e vertical, merecendo conferência o que expõs.

Quanto à cognição horizontal, aduz:

> *"No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: quadrimônio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição poder ser plena ou limitado (ou parcial) segundo a extensão permitida."* **("Da Cogniçao no Processo Civil", ed. RT., 1987, pág. 83)**.

No que tange à cognição vertical, obtempera que a mesma "pode ser classificada", segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta) **(Ob. cit. pág. 83)**.

Finalmente, consigna:

> *"De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada,*

mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é ilimitada "de uma área toda de questões", seria limitada quanto à extensão mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. Reservamos somente àquela, conforme será explanado no parágrafo seguinte, a expressão cognição sumária **(Ob. cit. pág. 84)**.

A seguir, giza que "com a combinação de dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferentes e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais" **(Ob. cit. pág. 84)**, para recomendar mais à frente:

"Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a cognição sumária constitui uma técnicca processual relevantíssima para a concepção de um processo que *"tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que á a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos"* **(Ob. cit. pág.110)**.

5.1.6. Luiz Guilherme Marinoni, em obra de 1993, refere-se à tutela jurisdicional diferenciada, mencionando procedimentos capazes, por sua estrutura, de gerarem tutela efetiva, em oposição a tutela formal e abstrata do direito, invocando, em seguida, procedimentos adequados às peculiaridades da pretensão de direito material:

"A busca de tutelas jurisdicionais diferenciadas"

"Ao lado das tutelas sumárias de urgência, de grande importância para a efetividade do processo é a pesquisa das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas. As tutelas diferenciadas são necessárias para assegurar o exercício do direito à adequada tutela jurisdicional. Realmente, como escreve Proto Pisani, o processo civil deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela, contrapartida essa que para ser efetiva, deve traduzir-se na disposição prévia dos meios de tutela jurisdicional (de procedimentos, provimentos e medidas coercitivas) adequados às necessidades de tutela de cada uma das situações de direito susbstancial. Com efeito, como disse o mesmo Professor de Florença em outra ocasião, para que seja assegurada a tutela jurisdicional de uma determinada situação de vantagem, não basta, não é suficiente, que a nível de direito processual seja previamente disposto um procedimento qualquer, mas é necessário que o titular da situação de vantagem violada (ou ameaçada de violação) possa utilizar um procedimento estruturado de modo tal a lhe poder fornecer um tutela efetiva, e não meramente formal ou abstrata do seu direito. O procedimento, portanto, deve ser adequado às peculiaridades da pretensão de direito material, falando-se, então, como o faz Alcides Munhoz da Cunha, ***"em diferentes tipos de processo ou categorias processuais autônomas, tendo em vista as diferentes formas de tutela jurisdicional que se aprestam em função de lides estruturalmente diversas, isto é, que traduzem combinações de situações jurídicas subjetivas inconfundíveis, quanto à necessidade de tutela a que aspiram"*** **("in" "Novas Linhas do Processo Civil", ed. RT, 1993, págs. 84/85).**

Em obra de 1992, o eminente processualista já alertava para a indispensabilidade da tutela sumária antecipatória de cunho satisfativo, diferenciando-a sob este último aspecto das tutelas cautelares:

"É de concluir, portanto, neste passo, que a busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional do homem à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente do homem

à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao ***due process of law****, e ínsito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou ao dever que o Estado se impôs quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela sumária antecipatória, destarte, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional".*

"Quando falamos em tutela sumária antecipatória, como já foi possível perceber, queremos dizer tutela sumária satisfativa. Ou seja, assimilamos tutela antecipatória á tutela que satisfaz por antecipação" **("in" "Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória", ed. RT,1992, pág. 99).**

Retiram-se de tais considerações brilhantes intuições do professor, que, mais a frente, se constituiria em um dos maiores analistas da antecipação de tutela do atual artigo 273 do C.P.C.

5.1.7. Em 1994, José Roberto dos Santos Bedaque lembrava que:

"Quanto mais tivermos procedimentos adequados às especificidades da tutela pleiteada, mais próximos estaremos da justiça substancial, isto é, mais o direito processual se aproxima do direito material, com vista a assegurar, com eficiência, a efetividade deste. Embora instrumento, o processo constitui importantíssimo fator no desenvolvimento das relações susbstanciais. Daí não se poder falar em um direito processual puramente técnico, neutro quanto aos objetivos visados pelo legislador material. O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior seja sua efetividade; e mais, à base de toda a construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estéreis, sem qualquer importância para os escopos do processo" **("in" "Direito e Processo", Malheiros Editores, 1995, pág. 58).**

5.1.8. Sopesadas as sobreditas emanações doutrinárias, resulta que a tutela diferenciada é passível de caracterização através da oposição dialética ao processo de conhecimento, bem como à dicotomia processo de conhecimento-processo de execução.

Realmente, enquanto a tutela, ofertada no processo de conhecimento, é resultado do exame plenário da lide, ou seja da cognição horizontal plena e vertical exauriente, a tutela diferenciada poderá derivar de cognição horizontal plena, acompanhada da cognição vertical sumária, ou da cognição horizontal limitada junto com a cognição vertical exauriente ou não.

Exemplo de cognição plena e sumária, temos, em liminares de determinados casos de busca e apreensão de menores, prevista no art. 839 do C.P.C., onde pode assumir o processo feição nitidamente satisfativa e, portanto, não cautelar, como frisa Vicente Greco Filho:

"Contudo, a busca e apreensão pode ser ação principal se com ela se pretende um provimento definitivo, como, por exemplo, a pretensão do pai que teve seu filho retirado de sua guarda ou pátrio poder, que lhe não tem necessidade alguma de definir a guarda ou o pátrio poder, que lhe é inerente. Pede busca e apreensão do menor em caráter definitivo, e não em cautelar" **("in" "Direito Processual Civil Brasileiro",12ª ed., vol. 3, pág.179).**

O legislador não estabelece limites à discussão do tema (cognição plena), ao mesmo tempo que permite a expedição de liminar fruto de cognição sumária.

Exemplo de cognição limitada e sumária, observa-se nas liminares das ações possessórias, onde a tutela é fruto do só exame da questão da posse (cognição limitada), podendo ser provisoriamente deferida, sem exame exauriente da controvérsia, antes do julgamento final, (cognição sumária).

Caso de cognição limitada e exauriente é o da ação de desapropriação, onde só se propicia a testilha sobre o valor do bem (art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41).

Enquanto a tutela prestada no processo de conhecimento consiste na solução lógica da lide incidente sobre o objeto litigioso, reservando-se para o processo de execução os atos que atingem concretamente o réu, a tutela diferenciada pode consistir em atos de cognição, acompanhado de mandamento ao réu (mandado de segurança) ou ordem imediata de execução (ações executivas "lato sensu", como é o caso do despejo) prescindindo-se, em ambas as hipóteses do processo de execução inaugurado através do título executivo.

Em apertada síntese conclui-se que:

a) a tutela ordinária se identifca com a composição meramente lógica e voluntária do litígio, através de cognição plena, do ponto de vista horizontal e vertical, satisfazendo ou não integralmente o autor (caso das ações constitutivas e declaratórias, na primeira hipótese, e da condenatória na segunda);

b) a tutela diferenciada se identifica com a composição plena ou parcial do litígio, por tutela satisfativa integral, que abriga atos de mero conhecimento, aliados a mandamento ou ordem executiva, passíveis ou não de antecipação provisória.

Despega do que se consignou que a tutela ordinária não é necessariamente uma questão de rito processual.

Poderá haver tutela diferenciada em rito formalmente comum, como acontece no despejo de imóvel residencial para uso próprio, onde necessária não será a instauração do processo autônomo de execução, visto que a sentença contém ordem de execução imediata.

Assim como poderá haver tutela ordinária deferida em procedimento montado em dissonância com o comum, desde que caracterizada por natureza exclusivamente lógica e fruto de cognição plena e exauriente.

5.2. A Presença Excepcional da Tutela Diferenciada no Código de Processo Civil Brasileiro até 1994

Consoante já afirmado, o Código de Processo Civil Brasileiro veio à luz prevendo procedimentos especiais, responsáveis por tutelas diferenciadas.

Estas, também, vêm previstas em procedimentos criados por legislação esparsa.

No entanto, o processo de conhecimento veio realçado no Código de Processo Civil, que o colocou em nível de supremacia incontestável.

Porém, foi sendo cada vez mais perceptível a incompatibilidade do processo de conhecimento, em virtude de seu excessivo consumo de tempo, com as exigências de um processo de resultados, que significasse a aplicação e atuação do direito de forma a transformar a sociedade, na perseguição de valores, direitos e princípios consagrados no texto constitucional.

Mas, simplista seria a proposta da eliminação do processo de conhecimento e de multiplicação dos procedimentos especiais.

Atentando-se para a circunstância de que estes últimos, em grande número de casos, comportam a cognição parcial do litígio, resultaria que a parte irresolvida da lide forcejaria novas pugnas judiciais, com custo excessivo para as partes e movimentação multiplicada da máquina do Judiciário.

Isso tudo sem falar-se de que a produção indiscriminada de procedimentos especiais instauraria, no âmbito da legislação processual civil, um casuísmo crescente e de difícil manipulação pelos operadores do direito e progressivamente incompreensível para o cidadão, distanciando-o do convívio com o direito.

Se é verdade que a morosidade do processo de conhecimento é indesejável, também é induvidoso que, ao propiciar a decisão plena do litígio, ancorada em cognição ampla e exauriente, não só impede o aumento dos confrontos judiciais, como também, responde ao anseio de segurança jurídica da sociedade.

Por isso, o encaminhamento do problema tendia, inevitavelmente, para uma solução, que eliminasse o que era indesejável no processo de conhecimento e nos procedimentos especiais, aproveitando as qualidades de ambos.

Tal solução, encontrou-a o legislador reformista no instituto da antecipação de tutela dos arts. 273 e 461 do C.P.C., tema que será examinado a seguir.

6. O Instituto da Tutela Antecipada como Positivação do Princípio da Proporcionalidade

6.1. A tutela antecipada, introduzida pelo reformador de 1994, significa a autorização infraconstitucional de proporcionalização do conflito entre o direito à efetividade da justiça e o direito à segurança jurídica.

O direito à segurança jurídica consiste, na impossibilidade da perda da liberdade ou de outros bens em sentido amplo, a não ser através do devido processo legal.

Trata-se de direito que há de ser deduzido do princípio do devido processo legal, agasalhado pelo art. 5º, LV, da Constituição Brasileira, a teor do disposto no art. 5º, § 2º, da mesma.

O direito à efetividade da justiça há de ser constatado desde o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, contido no art. 5º, inciso XXXV, da C.F., a teor, igualmente, do disposto no art. 5º, § 2º, da mesma.

É manifesta a tensão entre tais direitos, na função jurisdicional prestada através do processo.

Enquanto o direito à efetividade implica a rápida e adequada tutela ao direito do autor, o direito à segurança implica o contraditório entre as partes, entendido este último em sentido mais amplo que a simples defesa técnica, vez que abrange o direito à prova, bem como o direito a informação e reação sobre os atos processuais que se sucedem, tudo a consumir tempo.

Se, no plano constitucional, todos os direitos ali albergados não podem ser desprezados, é certo que, quer no terreno da produção da norma infraconstitucional pelo Poder Legislativo, quer no âmbito das atividades do Poder Executivo, quer no do Judiciário ao aplicar a lei, tais direitos, muitas vezes, entram em oposição.

6.2. Daí o reconhecimento, para se manter o respeito a todos eles, da incidência de um outro princípio constitucional, qual seja o da proporcionalidade que, mesmo quando não explícito nos textos constitucionais, há de ser reconhecido como implicitamente presente.

Pelo princípio da proporcionalidade devem ser compostos os direitos em tensão, de forma que um poderá prevalecer sobre o outro, sem no entanto aniquilá-lo.

Ressalte-se que o desenvolvimento dos estudos sobre o Princípio da Proporcionalidade tem, quer no nível doutrinário, quer no nível jurisprudencial, inclusive alienígena (caso do Tribunal Constitucional Alemão), conduzido às seguintes conclusões:

1ª) a proporcionalidade, em sentido amplo, significa razoabilidade e limitação do excesso de Poder;

2ª) a proporcionalidade impõe-se em decorrência dos seguintes fatos: a) todos os direitos e princípios constitucionais, na medida em que previstos na Carta Magna, devem ser preservados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (Princípio da Unidade); b) quando os Poderes, em suas atividades específicas, deparam-se com o confronto entre os direitos e princípios e valores, não podem, então, ignorar um deles, devendo respeitar o núcleo essencial de todos (Teoria da Proteção do Núcleo);

3ª) a proporcionalidade, que opera, então, como elemento propiciador da atividade pública que, ao mesmo tempo, respeita e limita os direitos e princípios constitucionais em colisão, é composta de três subprincípios: a) adequação da providência eleita ao fim social pretendido; b) necessidade da utilização da providência escolhida; c) proporcionalidade em sentido estrito, que significa a ponderação entre as desvantagens dos meios em relações as vantagens do fim (Nesse sentido, as lições de J. J. Gomes Canotilho **("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Ed. Almedina, págs. 259/263)**, Raquel Denize Stumm

("Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", págs. 78/82), Suzana de Toledo Barros (**"O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", Ed. Brasília Jurídica, 1996, págs. 67/84**) e Luís Roberto Barroso (**"Interpretação e Aplicação da Constituição" - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora - Ed. Saraiva, 1996, págs. 208/209);**

6.3. O instituto da antecipação da tutela é, então, o fruto da composição da tensão entre os direitos constitucionais à segurança jurídica e à efetividade da justiça, em plano infraconstitucional.

Tal composição entre ambos opera-se, no Código de Processo Civil Brasileiro, através da permissão, no processo de conhecimento, do deferimento de tutelas que implicam atos invasivos do patrimônio jurídico do réu, antes da composição definitiva e meramente lógica do conflito, desde que observadas, no caso do art. 273, a condição de ocorrência de prova suficiente à conclusão da probabilidade da existência do direito do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou, então, a simples caracterização do abuso do direito de defesa, ou do caráter protelatório da mesma, aliada à prova suficiente das alegações conduzentes à constatação probabilidade do direito do autor (inciso II).

A antecipação de tutela teve também previsão no art. 461, parágrafo 5º do C.P.C., que deve ser lido em consonância com o art. 273.

Enfim, permitiu o legislador reformista, em determinadas condições, a prevalência do direito à efetividade sobre o direito à segurança, sem eliminar este último.

6.4. Minudenciando-se, apura-se o que se segue.

A Através deste instituto, ficam mantidas a segurança jurídica e as vantagens de julgamento integral do litígio com supedâneo na certeza advinda da produção probatória, característica fundamental do processo de conhecimento.

Tanto que o instituto é incompatível com a antecipação da composição lógica do litígio.

Realmente, não compadece ele com a possibilidade de declarar, constituir ou condenar antecipadamente, mas sim significa a mera antecipação de efeitos práticos da declaração, constituição ou condenação, derivada não do reconhecimento ou não do direito postulado, mas sim de simples julgamento de probabilidade da existência do mesmo (vide considerações de Athos Gusmão Carneiro e João Batista Lopes **"in" "Da Antecipação da Tutela no Processo Civil", ed. Forense, 1998, pág. 42 e "Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela", ed. Revista dos Tribunais, pág. 210/212).**

Pudesse a composição lógica ser antecipada e haveria efeitos irreversíveis, como lembra Marinoni ao citar a hipótese de antecipação do efeito desconstitutivo do divórcio, aduzindo que, diante de tal concessão, poderiam os cônjuges casarem-se com outros pares e terem filhos **("in" "A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil", Malheiros Editores,1995, pág. 76/77).**

Se, em sede de decisão definitiva, fosse o pleito de divórcio julgado improcedente, qual seria o estado jurídico dos filhos do segundo consórcio?

Seriam predicados como filhos naturais ou adulterinos?

Por aí se vê que a antecipação da solução lógica do confronto conduz a situações de irreversibilidade.

Por isso mesmo, Marinoni ensina:

> *"O que o art. 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de "irreversibilidade do provimento antecipado" - que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento -, são as declarações e constituições provisórias, não raras na prática judiciária brasileira (**"A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil", ed. Malheiros,1995, pág. 76).***

B A possibilidade de antecipação dos efeitos práticos da sentença, típica de procedimentos especiais, elimina os efeitos indesejáveis da morosidade característica do processo de conhecimento.

Mais que isso, na determinação dos efeitos práticos antecipados, abre-se ensejo à atividade criadora do Juiz, que poderá escolher e combinar atos mandamentais e executivos adequados à proteção do direito material, superando a rigidez das tutelas previamente estabelecidas em lei.

Lapidar a observação de Kazuo Watanabe para quem o instituto representa **"inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz", afirmando que a expressão "no que couber", contida no § 3º do art. 273, também constitui uma sinalização nesse sentido". ("Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Saraiva, 1996, pág. 21).**

C Finalmente, é fundamental não se esquecer que os atos executivos ou mandamentais, de que atuam a tutela antecipada, sucedem-se dentro do próprio processo de conhecimento, eliminando-se os inconvenientes da dicotomia processo de conhecimento-processo de execução, só sendo será possível a alteração no patrimônio jurídico do réu com a sobrevinda do título executivo.

É que a atuação da antecipação de tutela não se harmoniza com o processo de execução de título judicial, como estabelecido no Livro II do Código de Processo Civil, uma vez que o deferimento da antecipação envolve simples decisão, incapaz de alçar-se à condição de título executivo prevista no art. 585 do C.P.C..

Daí porque, assenta Marinoni que**"as regras do processo de execução não foram pensadas para dar atuação aos procedimentos sumários" (Ob. cit. pág. 88/89).**

E há outra circunstância a ser relevada, qual seja, a de que o desencadeamento dos atos executivos ou mandamentais, dentro do próprio processo de conhecimento, sem que se tenha a instauração do processo de execução do Livro II do C.P.C., torna incabível, outrossim, a articulação de embargos de devedor, cujo manejo traz enorme alongamento do procedimento executivo.

D O fato de realizarem-se os atos correspondentes à antecipação de tutela, dentro do processo de conhecimento, tem propiciado dúvidas sobre a qualificação do processo em que sobrevieram.

A dúvida fica mais acendrada no caso do art. 461 do C.P.C..

Teori Albino Zavascki conclui que havendo a antecipação de tutela, com fundamento no § 3º, do art. 461 do C.P.C., a ação seria executiva "lato sensu", posto que não haveria execução "ex intervallo" **(Ob. cit. pág. 40).**

Embora não tenha o autor ferido especificadamente tal questão, claro que tal pensar, em linha de coerência, conduziria à igual conclusão, se a antecipação de tutela deferida e atuada, com base no art. 273, tornasse dispensável, para a satisfação do autor, o processo de execução da sentença condenatória.

Fosse procedente essa análise e teríamos de concluir que a caracterização do processo, em que sobreviesse a antecipação de efeitos práticos da sentença, variaria, em função da plena satisfação do autor e da natureza mandamentaria executivo "lato sensu" ou mandamental, enquanto que, no segundo, seria de conhecimento seguido de execução "ex intervallo".

E "Data venia", ousamos discordar de tal conclusão.

O legislador reformista manteve a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução, ao estabelecer a antecipação de tutela, e, assim fazendo, não ensejou que o processo de conhecimento tivesse a virtualidade de transmudar-se em sua essência.

Mantido o processo de conhecimento, respondeu ele ao direito constitucional à segurança jurídica.

Introduzindo a tutela antecipada, permitiu ele ao Juiz, através do princípio da proporcionalidade, que prevalecesse, ainda que temporariamente, o direito à efetividade da tutela.

O fato de, em determinadas hipóteses, vir o autor a obter, pela antecipação dos efeitos práticos da tutela, a plena e concreta satisfação de sua pretensão, não significa que o processo tenha ganhado ou obtido característica de executivo "lato sensu" ou mandamental.

Mesmo nos casos de satisfação plena do autor, durante o processo de conhecimento, a sentença condenatória, a teor do art. 584, do C.P.C.,

se alçará à condição de título executivo, ensejando o processo de execução diferido.

Nesta hipótese, as condições da ação de execução existirão e ela poderá ser proposta.

Só que, se manejada, inaugurará processo que deverá ser julgado de ofício extinto, posto que presente nos autos a prova de adimplemento da obrigação, através da atuação da tutela antecipada.

É que o adimplemento não se confunde com as condições da ação de execução, sob pena de retrocesso à tese imanentista do direito de ação.

Cândido Rangel Dinamarco, com o costumeiro rigor, anota que para a propositura da ação de execução não há necessidade de prova da existência do crédito, uma vez que a sua certeza corresponde, apenas, à definição, no título, da natureza da relação jurídica, dos seus sujeitos e do seu objeto, concluindo que "não haveria como nem por quê exigir a segura existência do direito, como requisito para executar" **(Ob. cit. pág. 490)**.

Na verdade, o adimplemento coincide com o próprio mérito do processo de execução, como afirmado por Dinamarco, em lição invocada por Alberto Camiña Moreira:

> *"Se houve pagamento da quantia cobrada na execução, ocorreu, como é curial, adimplemento e extinção da obrigação. O inadimplemento é requisito necessário para realizar qualquer execução* ***(Cap. III do Livro II do C.P.C.)*** *e é tido por Dinamarco como o próprio mérito do processo de execução: "Quem recebeu o que lhe era devido já não tem o direito material que alega e isso é matéria atinente ao mérito de sua pretensão; ocorrido adimplemento, quem era credor já não o é mais e a sua pretensão a receber pela segunda vez não merece ser satisfeita pela via executiva nem por qualquer outra, em qualquer tempo". Seria extremamente desarrazoado que o juiz, diante de prova de pagamento da dívida, ignorasse-a, para exigir novo pagamento e, posteriormente, a repetição dele"* **("in" "Defesa sem Embargos do Executado - Exceção de Pré-Executividade", ed. Saraiva,1998, pág. 144)**.

E o mesmo autor assenta a possibilidade do conhecimento de ofício da incidência do adimplemento, para o fim de extinção de execução:

> *"Apesar da enfática rejeição de Liebeman à alegação de pagamento na ação de execução, é certo que admite o conhecimento do pagamento, pelo juiz, de ofício. Escreveu no Manual de Direito processual civil que os fatos afirmados pelo réu precisam ser distinguidos: "alguns deles o juiz deve sempre levar em conta quando ficarem fora de dúvida, mesmo que o réu não os haja colocado como objeto de uma exceção. Isso deve ser dito, por exemplo, do pagamento (...). Usando uma terminologia tradicional, poderemos dizer que esses fatos produzem seu efeito extintivo modificativo ou impeditivo ipso jure"* **(Ob. cit. pág.149)**.

Parece-nos que a postura que ora adotamos explica a especificidade da antecipação de tutela, sem implicar a descaracterização do processo de conhecimento, respondendo aquela pela efetividade e o segundo pela segurança jurídica, só prevalecendo a antecipação provisoriamente, nos casos traçados pelo legislador.

O contrário consistiria em atribuir ao processo de conhecimento ductibilidade capaz de alterar sua própria natureza, transformando-o em verdadeiro camaleão, ao sabor da eventualidade das providências tutelares tomadas antecipadamente.

7. Conclusões

Ao cabo do presente trabalho, concluimos, resumindo:

a) o Estado Social Democrático, na medida em que se propõe a alterar a realidade social, através da implantação de princípios e valores colhidos pelo legislador constituinte junto à sociedade, fez do direito não só um instrumento da ordem, como também da mudança;

b) o processo de conhecimento plenário e com deslinde do conflito meramente lógico, está ajustado a uma concepção do direito como simples instrumento de manutenção da ordem existente, visão esta ideologicamente ligada ao Estado Liberal;

c) sendo o processo a via pela qual o Poder Judiciário altera a realidade social, eliminando conflitos e existencializando direitos formalmente previstos, impõe-se seja efetivo, isto é, rápido e prestador de tutelas adequadas aos direitos pretendidos, sem no entanto afrontar o direito à segurança jurídica, derivado do devido processo legal;

d) o instituto da antecipação de tutela, introduzido pela reforma de 1994, deu ensejo à criação judicial de tutelas diferenciadas, que atuam, provisoriamente, dentro do processo de conhecimento, efeitos práticos de futuras e eventuais sentenças declaratória, constitutiva ou condenatória, cuja finalidade é a composição lógica da lide;

e) a antecipação da tutela significa a positivação, na legislação ordinária, do princípio constitucional da porporcionalidade, de forma a possibilitar a eliminação da tensão entre a efetividade e a segurança, fazendo com que aquela avance sobre esta, sem no entanto eliminá-la;

f) a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução não foi alterada pelo instituto da antecipação da tutela, sendo que a atuação antecipada dos efeitos práticos da sentença, poderá, eventualmente, inviabilizar o processo de execução, sem que haja, no entanto, incompatibilidade, em abstrato, entre a antecipação da tutela e o processo de execução do título judicial.

BIBLIOGRAFIA

1) ALVES, José Carlos Moreira - "10 anos de Constituição", ed. Celso Bastos, 1998;

2) ANDRADE, Vera Regina Pereira, "Dogmática Jurídica" - "Escorço de sua Configuração e Identidade", ed. Livraria do Advogado, 1996;

3) BARROSO, Luís Roberto - "Interpretação e Aplicação da Constituição" - "Fundamentos de uma Dogmática Costitucional Transformadora" - ed. Saraiva, 1996;

4) BARROS, Suzana de Toledo - "O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos" Fundamentais, ed. Brasília Jurídica, 1996;

5) BEDAQUE, José Roberto dos Santos - "Direito e Processo", Malheiros ed., 1995;

6) BONAVIDES, Paulo - "Curso de Direito Constitucional", 6ª ed. Malheiros, 1996;

7) BONAVIDES, Paulo - "Do Estado Liberal ao Estado Social", Malheiros ed., 1996;

8) CANOTILHO, J. J. Gomes - "Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina,

9) CARNEIRO, Athos Gusmão, "Da Antecipação da Tutela no Processo Civil", ed. Forense, 1988;

10) COLUCCI, Maria da Glória - "Fundamentos de Teoria Geral do Processo, ed., J. M., 1999;

11) DINAMARCO, Cândido Rangel - "Instrumentalidade do Processo", ed. RT, 1987;

12) DINAMARCO, Cândido Rangel - "Execução Civil", ed. Malheiros, 1997;

13) DINAMARCO, Cândido Rangel - "Revista de Processo", RT, 81, Jan/Mar, 1996;

14) FILHO, Vicente Greco - "Direito Processual Civil Brasileiro", ed. Saraiva, 12ª ed., vol. 13;

15) LIEBMAN, Enrico Tullio - "Processo de Execução", ed. Saraiva, 1968;

16) LOPES, João Batista - "Ação Declaratório", ed. RT, 1985;

17) LOPES, João Batista - "Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela", ed. RT, 1997;

18) MARINONI, Luiz Guilherme - "A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil", Malheiros ed., 1995;

19) MARINONI, Luiz Guilherme - "Novas Linhas do Processo Civil", ed., RT, 1993;

20) MARINONI, Luiz Guilherme - "Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória", RT., 1992;

21) MOREIRA, Alberto Camina - "Defesa sem Embargos do Executado" - "Exceção de Pré-Executividade" - ed. Saraiva, 1998;

22) MOREIRA, José Carlos Barbosa - "Revista de Processo", ed., RT nº 49, 1988;

23) MOREIRA, José Carlos Barbosa - "Temas de Direito Processual", ed. Saraiva, 1997;

24) REALE, Miguel - "Teoria Tridimensional do Direito" - "Situação Atual" - ed. Saraiva, 1994;

25) SILVA, Ovídio A. Baptista - "Curso de Processo Civil", Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987;

26) STUMM, Raquel Denize - "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", ed. Livraria do Advogado, 1995;

27) ZAVASCKI, Teori Albino - "Título Executivo e Liquidação", ed., RT, 1999;

28) WATANABE, Kazuo - "Reforma do Código de Processo Civil", ed., Saraiva, 1996;

29) WATANABE, Kazuo - "Da Cognição no Processo Civil", ed. RT., 1993;