

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**LUHANA RODRIGUES SILVEIRA**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TUTELAS DE URGÊNCIA NA  
PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E EM FACE DOS  
PRINCÍPIOS DO PRAZO RAZOÁVEL E DO CONTRADITÓRIO**

**CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010**

**LUHANA RODRIGUES SILVEIRA**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TUTELAS DE URGÊNCIA  
NA PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E EM FACE  
DOS PRINCÍPIOS DO PRAZO RAZOÁVEL E DO CONTRADITÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Adriane Bandeira Rodrigues

**CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010**

**LUHANA RODRIGUES SILVEIRA**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TUTELAS DE URGÊNCIA NA  
PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E EM FACE DOS PRINCÍPIOS  
DO PRAZO RAZOÁVEL E DO CONTRADITÓRIO;**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Processual Civil.

Criciúma, 04 de novembro de 2010.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof<sup>a</sup>. Esp. Adriane Bandeira Rodrigues – Especialista - UNESC - Orientadora

Prof<sup>a</sup>. Esp. Renise de Melilo Zaniboni - Especialista - UNESC

Prof<sup>a</sup>. Esp. Mônica Abdel Al - Especialista - UNESC

**Dedico este trabalho aos meus pais, Hélio e Zélia, as minhas irm es Su llen e Amábile e ao meu namorado Marcos, por todo apoio e incentivo.**

## AGRADECIMENTOS

Este é um momento de externar a gratidão por todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão dessa importante etapa na minha vida acadêmica.

Inúmeras foram às pessoas, conhecidas ou não, que com palavras, atos e até mesmo ações diretas contribuíram para minha formação.

Primeiramente e acima de tudo a Deus, que iluminou o meu caminho durante toda esta caminhada.

Sou imensamente grata à minha família, em especial aos meus pais, Zélia Rodrigues Silveira e Hélio Francisco Silveira, que sempre me apoiaram durante todos esses longos anos de dedicação ao ensino superior, através de muito apoio e carinho. Agradeço não só por estes cinco anos de graduação, mas pelos vinte e três anos de companheirismo, amor e respeito, sendo que estas são as pessoas mais importantes da minha vida, pois foram eles que me ensinaram tudo que sei e o que sou.

Agradeço as minhas irmãs, Suéllen Rodrigues Silveira e Amábile Rodrigues Silveira, que me aturaram durante este período tão exaustivo, sempre ajudando nos momentos difíceis me apoiando e incentivando na caminhada, que me deram o colo quando mais precisei, as melhores irmãs que alguém pode ter.

Ao meu namorado, Marcos Rocha Philippi, agradeço pelo amor, ajuda e paciência dedicados a conclusão desse importante trabalho. Agradeço também pelo carinho, apoio e incentivos prestados, cuja companhia foi muito importante na superação dos percalços surgidos ao longo desta etapa.

Não poderia deixar de agradecer a minha querida e especial orientadora, Adriane Bandeira Rodrigues, que me estendeu a mão e o braço para caminhar comigo nesta luta, sempre com uma palavra amiga para acalantar os meus desesperos, fico muito agradecida pela orientação prestada e pela confiança depositada, pois sua dedicação e inteligência foram sem sombra de dúvida importantíssima.

Para não correr o risco da injustiça, agradeço de antemão a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje.

Agradeço todos os meus amigos, em especial as minhas companheiras

de caminhada Julia Ghisi Kestering e Roberta Valvassori Frasson, bem como, minhas amigas de estudo Natália Mendes Luciano, Maria Carolina dos Santos Costa e Marília Milioli Fernandes, pelo apoio e solidariedade nas horas mais difíceis e pela atenção dedicada.

Aos Professores do Curso de Direito da UNESC, agradeço por toda dedicação e conhecimentos compartilhados. Sempre serão lembrados.

A 9ª fase do curso de Direito (2010/2), agradeço pelas amizades e companheirismo.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram para a minha conclusão no Curso de Direito da UNESC, hoje carregado de muito orgulho.

**“O homem semeia um pensamento e colhe uma ação, semeia um ato e colhe um hábito, semeia um hábito e colhe um caráter, semeia um caráter e colhe um destino”.**

**Swami Sivananda**

## RESUMO

Este trabalho aborda a temática dos direitos fundamentais e das tutelas de urgência na perspectiva da efetividade do processo e em face dos princípios do prazo razoável e do contraditório. A pesquisa é subdividida em três capítulos. No primeiro capítulo analisam-se os direitos fundamentais, relatando o histórico, suas dimensões, natureza jurídica e a concepção dos mesmos na Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo ponderam-se acerca das tutelas de urgência, mais precisamente no que concernem as medidas cautelares e antecipatórias, expondo seus fundamentos, generalidades, pressupostos, distinções e observando a previsão legal. O terceiro capítulo versa sobre os direitos fundamentais e as tutelas de urgência em face dos princípios do prazo razoável e do contraditório, especificando noções gerais, natureza jurídica, diferenças entre regras e princípios, colisão entre direitos fundamentais, métodos para solução de colisões e, também, a respeito de colisão entre princípios e sopesamentos de normas de direito fundamental. O objetivo geral é compreender a efetividade dos direitos fundamentais frente aos princípios constitucionais, com base na legislação. Na pesquisa foi utilizado o método dedutivo, através de uma pesquisa bibliográfica consistente em livros, utilizando citações de diversos autores. A pesquisa demonstra a importância da reflexão quanto às colisões entre direitos fundamentais e os sopesamentos necessários para a solução do conflito, principalmente no que diz respeito a concessão de tutelas de urgência em detrimento a garantias fundamentais, como o princípio do contraditório. É necessário que o ordenamento jurídico brasileiro constitua um sistema voltado à efetividade dos direitos fundamentais em prazo razoável, buscando a eficácia dos mesmos e a celeridade processual, respeitando todos os direitos e garantias fundamentais das partes.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; tutelas de urgência; efetividade; colisões; sopesamentos.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>12</b>
<b>2. DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>14</b>
2.1. Histórico	14
2.1.1. Dimensões de direitos fundamentais	19
2.2. Os direitos fundamentais como elementos objetivos da ordem jurídica	22
2.3. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	24
2.3.1. Os direitos individuais e coletivos	25
2.3.2. Os direitos sociais	26
2.3.3. Os direitos à nacionalidade	27
2.3.4. Os direitos políticos	29
2.3.5. Os direitos dos partidos políticos	31
<b>3. TUTELAS DE URGÊNCIA</b>	<b>33</b>
3.1. Fundamentos	33
3.1.1. Medidas Cautelares - Generalidades	35
3.1.1.1. Pressupostos da tutela cautelar	36
3.1.1.1.1. Do “fumus boni juris”	36
3.1.1.1.2. Do “periculum in mora”	37
3.1.2. Medidas Antecipatórias - Generalidades	38
3.1.2.1. Pressupostos da tutela antecipada	40
3.1.2.1.1. Pressupostos concorrentes	40
3.1.2.1.1.1. Da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações	40
3.1.2.1.2. Pressupostos alternativos	41
3.1.2.1.2.1. Do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	41
3.1.2.1.2.2. Do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	42
3.2. Distinção entre medidas cautelares e antecipatórias	43
3.3. Previsão legal das tutelas de urgência	45
3.3.1. Antecipação de tutela	45
3.3.2. Medidas cautelares	48
<b>4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TUTELAS DE URGÊNCIA EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO PRAZO RAZOÁVEL E DO CONTRADITÓRIO</b>	<b>51</b>
4.1. Intróito	51
4.1.1. Princípios do prazo razoável e do contraditório	51
4.1.1.1. Conceitos	51
4.1.1.2. Natureza jurídica	53
4.2. Espécies de contraditório	55
4.3. Regras e princípios	57
4.3.1. Noções introdutórias	58
4.3.2. Definição dos institutos	59
4.3.2.1. Regras	59
4.3.2.2. Princípios	60
4.3.3. Diferenças entre regras e princípios	61
4.4. Colisão entre direitos fundamentais e os princípios do prazo razoável e do contraditório	64

4.4.1. Conceito .....	64
4.4.2. Métodos utilizados para a solução de colisões.....	66
4.4.3. Colisão entre princípios e sopesamentos de normas de direito fundamental .....	69
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>74</b>

## **Lista de Abreviaturas e Siglas**

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

ONU – Organização das Nações Unidas

Art. – Artigo

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a efetividade do processo, adotando-se os direitos fundamentais e as tutelas de urgência como diretrizes para a sua realização. Pretende-se, ainda, analisar o tema sob a perspectiva dos princípios constitucionais do prazo razoável e do contraditório.

O objetivo geral do trabalho se compreende em pesquisa acerca de cada instituto acima destacado, individualmente, atribuindo-lhes características específicas, requisitos e distinções.

No primeiro capítulo será discorrido sobre os direitos fundamentais, direitos estes amplamente protegidos pela legislação. A problemática encontra-se na medida em que não adianta existir a garantia dos direitos fundamentais e não ser possibilitado aos pleiteadores judiciais deste direito o devido acesso.

O processo judicial busca a efetivação de direitos. Entretanto, a longa duração do provimento judicial, a demora da solução da lide, leva a restrição dos direitos envolvidos. Assim, são necessárias medidas processuais que evitem tal acontecimento.

Desse modo, está a se garantir meios de efetivar os Direitos Fundamentais envolvidos, visando a propiciar à sociedade a eficácia do provimento judicial de forma rápida e garantida.

O segundo capítulo aborda as tutelas de urgência. Com a criação do instituto das tutelas de urgência, tornou-se mais fácil a proteção do direito material, já que estas possibilitam a antecipação do provimento judicial ou evitam que o resultado final do processo seja ineficaz por perda do objeto.

Tem-se que os processos judiciais por diversas razões demoram a atingir o fim, solucionar o litígio, e, assim, faz-se necessária a concessão de tutelas imediatas, que garantam efetivação dos direitos baseando-se em cognições não exaurientes, visto que esta é obtida no fim do processo e leva muito tempo.

Dessa forma, ao esperar a convicção dos magistrados, as pessoas ficam sujeitas ao perecimento do direito material, vulneráveis a danos irreparáveis. O provimento judicial deve garantir a efetividade dos direitos fundamentais, não permitindo que suas decisões venham a ser ineficazes.

O Poder Judiciário brasileiro sofre de acúmulo de trabalho devido ao grande número de ações que tramitam no país. Dessa forma, utilizando-se do

instituto das tutelas de urgência se tem garantido o princípio constitucional do prazo razoável, que assegura a eficiência do processo em tempo útil as partes.

De outro vértice, o Princípio Constitucional do Contraditório assegura a possibilidade das partes apresentarem seus argumentos e provas, não permitindo ao juiz motivar o seu convencimento baseado em alegações singulares, ou seja, faz-se necessário a oitiva de todas as partes antes tomar qualquer decisão.

Assim, no terceiro capítulo será discutido sobre as colisões e controvérsias na aplicação dos direitos fundamentais frente às tutelas de urgência e os princípios do prazo razoável e do contraditório, expondo as soluções existentes para os conflitos suscitados no decorrer do estudo.

Por derradeiro, averiguou-se a aplicação das tutelas de urgência frente aos princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Tem-se que, não existe uma maneira padrão de solucionar os conflitos e colisões apresentados. Logo, devem-se sopesar as normas para saber qual deve prevalecer, em determinados casos será dado preferência às tutelas em respeito ao princípio do prazo razoável e aos direitos fundamentais, em outros, preferir-se-á proporcionar o contraditório pleno as partes para depois responder ao litígio, enfocando-se, também, os direitos fundamentais.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1. HISTÓRICO

A conquista dos Direitos Fundamentais é um tema atual, visto que a cada dia novos direitos são reconhecidos, ou melhor, recuperados. Como se extrai de José Afonso da Silva:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários (2008, p. 249).

Na sociedade primitiva não existiam subordinações sociais e políticas, o homem relacionava-se somente com a natureza. Com o surgimento da apropriação privada passou-se a ter o domínio de uns sobre os outros, uma vez que quem detém a terra tem o poder (SILVA, 2008, p. 250).

A partir do desenvolvimento do sistema de apropriação privada surge a escravidão, pois o titular das terras impõe seu poder sobre os que não as tem. Nesse contexto histórico ocorre, também, a fundação do Estado, elemento fundamental para o nascimento dos Direitos fundamentais.

[...] E aí teve origem a escravidão sistemática, diretamente relacionada com a aquisição de bens. O Estado, então, se forma como aparato necessário para sustentar esse sistema de dominação. [...] (SILVA, 2008, p. 150).

O Estado é quem possui o controle, forças para impor suas determinações e garantir a aplicação dos Direitos Fundamentais reconhecidos através de grandes lutas e sacrifícios.

Estado. Trata-se do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência do Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja a de

limitar o poder do Estado em face do indivíduo (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 21/22).

Contudo, para chegarmos ao pleno reconhecimento dos direitos fundamentais muitos foram os antecedentes históricos.

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas [...] (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 231).

As idéias trazidas pelas teorias contratualistas, que muitos direitos são inerentes à natureza humana, ou seja, existem independentemente do Estado, influenciaram significativamente as Declarações de Direitos.

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 232).

Esse conceito também é descrito por Norberto Bobbio, que acredita que os direitos do homem destacam-se quando vistos do ponto de vista da anterioridade dos indivíduos na relação entre Estado e cidadãos.

[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano [...] (1992, p.4).

Nesse contexto, surgiram no final do século XVIII as primeiras Declarações de Direitos. Em 12/06/1776 no Estado da Virgínia proclamou-se a Declaração de Direitos - *Bill of Rights*, que pronunciava os direitos a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal, entre outros (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 23).

A Declaração de Direitos da França de 26/08/1789, em vigor efetivamente após 02/10/1789, reconheceu os direitos a liberdade, a igualdade, propriedade,

segurança e resistência a opressão, liberdade de religião e pensamento e garantias contra a repressão penal (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 23/24).

Em 15/12/1791 a Filadélfia aprovou uma emenda constitucional, a qual contemplou direitos não previstos na versão promulgada anteriormente em 1787. A Declaração garantia os direitos a liberdade de religião, a livre manifestação do pensamento, a segurança, a proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias e a propriedade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 23).

No século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, representaram o instrumento de luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador e os resquícios do feudalismo. Conclamavam a democracia, a educação, a liberdade, a igualdade e a fraternidade (BULOS, 2008, p. 405).

Dessa forma, invertendo a perspectiva, observa-se que os indivíduos têm primeiramente direitos e depois deveres, sendo função primordial do Estado zelar pelos direitos dos cidadãos.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 232/233).

O reconhecimento dos Direitos Fundamentais recebeu um grande avanço em 1803, quando a Suprema Corte reconheceu a superioridade da Constituição Federal frente às demais normas. Assim, acabou por elevar também os Direitos Fundamentais, visto que estão previstos no texto constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 24).

Assim, iniciou-se o processo de universalização das declarações de direitos, que tinha como objetivo a defesa dos direitos fundamentais por todos os países, e, ainda, que estes direitos fossem atribuídos a todos os indivíduos independentemente de sua origem.

O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. As primeiras manifestações nesse sentido foram propostas de organismos científicos internacionais, visando estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades [...] (SILVA, 2008, p. 162).

Nesse aspecto, a declaração de direitos da França se destaca, visto que se destina a todas as pessoas; enquanto as declarações inglesa e americana reservam-se a grupos mais elitizados.

[...] A universalidade se manifestou pela primeira vez, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

[...] Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. [...] (BONAVIDES, 2006, p. 562).

Dessa forma, surge a ONU, Organização das Nações Unidas, visando a proteção e o respeito aos direitos fundamentais por todos e para todos, sem distinção.

Um passo concreto foi dado quando os vinte e um países da América se reuniram em Chapultepec (México) no início do ano de 1945, firmando a tese de que um dos primeiros objetivos das Nações Unidas deveria ser a redação de uma carta dos direitos do homem. Daí que a Carta das Nações Unidas (26.6.45) ficaria impregnada da idéia do respeito aos *direitos fundamentais do homem* [...]

Delineada na Carta das Nações Unidas, assim, a preocupação com os direitos fundamentais do homem, cumpria dar-lhe consequência sistemática, mediante a redação de uma *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Com esse propósito, criou-se, na ONU, uma Comissão dos Direitos do Homem, [...], várias questões teóricas se configuraram, como, por exemplo, se deveria ser uma Declaração ou uma Convenção, o que tinha importância para a sua maior ou menor efetividade, pois a primeira forma não dotava o instrumentos, segundo alguns, de força obrigatória. Foi, no entanto, a que prevaleceu. [...] (SILVA, 2008, p. 162/163).

A ONU torna-se um mecanismo eficiente na solidificação dos direitos fundamentais. A partir de seu ideal, constituiu um órgão respeitado e influente em todos os países.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano (BONAVIDES, 2006, p. 578).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo com sete considerandos, em que reconhece

solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos. Constitui o Preâmbulo com a proclamação, pela Assembléia Geral da ONU, da referida Declaração, “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da Sociedade, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensinamento e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e assegurar-lhes, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o reconhecimento e a aplicação universais e efetivos [...]” (SILVA, 2008, p. 163).

Vê-se, ainda, a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, segundo o qual aquela consagrou três objetivos fundamentais.

[...] a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários a fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas (1991, p. 179).

Contudo, após destacado o grande avanço histórico para os direitos fundamentais com a criação da ONU, ressalta-se a existência de um problema quanto a efetividade das regras por ela determinadas. Como dispõe José Afonso da Silva:

[...] o grande problema é o da eficácia das normas de Declaração de Direitos. O problema é ainda mais agudo em se tratando de uma Declaração Universal, que não dispõe de um aparato próprio que a faça valer, tanto que o desrespeito acintoso e cruel de suas normas, nesse mais de meio século de sua existência, tem constituído uma regra trágica [...] (2008, p. 164/165).

Dessa forma, para garantir a aplicação dos direitos fundamentais os Estados têm adotado, por meio da ONU, Pactos e Convenções internacionais referentes aos mesmos, como leciona José Afonso da Silva a seguir:

À vista disso é que se tem procurado firmar vários Pactos e Convenções internacionais, sob patrocínio da ONU, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem, pelos quais as altas partes – reconhecendo: (a) que tais direitos derivam da dignidade inerente à pessoa

humana; (b) que, com relação a Declaração Universal de Direitos Humanos, não pode realizar-se o ideal do ser humano livre, no desfrute das liberdades civis e políticas, e liberado do temor e miséria, se não se criarem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos civis, tanto como de seus direitos econômicos, sociais e culturais; (c) que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos fundamentais do homem – comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos, no seu território e sob a sua jurisdição, esses direitos reconhecidos naqueles instrumentos internacionais, dentre os quais, [...] são expressivos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e culturais, aprovados pela Assembléia Geral, em Nova York, em 16.12.66, submetidos a firma e ratificação dos Estados interessados. Surgiram [...] com o fim de conferir dimensão jurídica à Declaração de 1948 e, assim, eficácia jurídica que supere a obrigatoriedade apenas moral que a caracteriza. O Brasil só deu sua adesão a esses pactos em 24.1.92, entrando em vigência aqui apenas em 24.4.92. O retardamento dessa adesão se deveu ao regime autoritário que nos regia antes (2008, p. 165).

Por fim, transcreve-se as palavras de Paulo Bonavides, no que concerne a efetividade da Declaração Universal de Direitos do Homem.

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis (2006, p. 578).

Portanto, as Declarações de direitos, bem como as estratégias da ONU para a proteção de direitos e garantias fundamentais são essenciais para o desenvolvimento dos mesmos. Contudo, faz-se necessário que os países se esforcem para cumprir as normas criadas em proteção aos direitos do homem, como também, incentivem a população a respeitar tais direitos, possibilitando, assim, uma real aplicação dos direitos fundamentais.

### **2.1.1. DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Pode-se, também, dividir os Direitos Fundamentais em três gerações ou dimensões de direitos, conforme a sua evolução.

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos [...] (SARLET, 1998, p. 46/47).

A doutrina faz críticas quanto ao uso da terminologia gerações, uma vez que o reconhecimento dos direitos fundamentais se deu de forma gradativa, evoluindo e acumulando direitos. E, a palavra gerações transmite a idéia de que uma nova geração supera a outra.

[...] Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais [...] (SARLET, 1998, p. 47).

Na primeira dimensão, temos o reconhecimento dos direitos civis e políticos (direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade). São os primeiros direitos a serem previstos expressamente em lei, correspondem a fase inicial do constitucionalismo (SARLET, 1998, p. 49).

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

Os direitos da primeira dimensão manifestam-se pela impossibilidade de intervenção do Estado sobre aspectos da vida pessoal dos indivíduos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo Francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (SARLETE, 1998, p. 48).

A segunda dimensão evidencia-se no reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais (direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, liberdades sociais, entre outros). A decretação

destes direitos está ligada nas manifestações pela justiça social (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234).

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e economicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado (SARLET, 1998, p. 49).

A terceira dimensão traz os direitos de solidariedade e fraternidade, destinados a coletividade e não somente ao indivíduo singular. Como leciona Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural (2008, p. 234).

Surgem os direitos fundamentais da 3ª geração a partir de reivindicação dos seres humanos diante da nova realidade, como expõe Ingo Sarlet:

[...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (1998, p. 50/51).

Fala-se, ainda, da existência de uma quarta geração, porém não reconhecida pelo direito positivo interno e internacional. Trata-se de uma geração de direitos futuros, que seria resultado da globalização dos direitos fundamentais (SARLET, 1998, p. 53)

Quanto ao conteúdo dos direitos da quarta dimensão Paulo Bonavides leciona:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (2006, p. 571).

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política (2006, p. 572).

Dessa forma, tem-se que os direitos fundamentais são resultado das lutas e reivindicações em função das injustiças e bens elementares dos seres humanos (SARLET, 1998, p. 48).

## **2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS OBJETIVOS DA ORDEM JURÍDICA**

Os direitos fundamentais fazem parte da essência da Constituição, e para a existência da mesma é necessário a limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Como expõe Ingo Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais (1998, p. 60).

Nesse sentido leciona Alexandre de Moraes:

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissoluvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado (2008, p. 29).

A criação da Constituição se dá a partir do reconhecimento de direitos dos cidadãos, bem como pela imposição de limites ao poder político (MORAES, 2008, p. 30).

Nesse sentido, o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, reza que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”.

Os Direitos Fundamentais estão previstos na Constituição, no ápice das normas. A essência do sistema jurídico é determinada pela Constituição, como bem descreve Robert Alexy, “[...] Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico substancialmente determinado por meio da Constituição (2008, p. 543)”.

Nesse contexto, expõe Ingo Sarlet:

[...] os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Situando-nos naquilo que pode ser considerado um espaço intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e uma, por sua vez, impossível indiferença a eles, importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constituiu, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título (1998, p. 61/62).

Dessa forma, conclui-se a importância dos direitos fundamentais, bem como a sua hierarquia perante as demais normas. Como expõe João dos Passos Martins Neto:

Considerando que as normas *jusfundamentais* integram a parte material da Constituição, não custa concluir que, situados no nível máximo da hierarquia normativa e protegidos por técnicas processuais de controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais revelam-se, em primeiro lugar, como direitos subjetivos indisponíveis ao legislador ordinário. A tanto equivale dizer que, no plano da legislação infraconstitucional, eles são, na medida do seu conteúdo constitucional, juridicamente imunes à abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie [...] (2003, p. 81).

Contudo, não se pode ignorar a importância das leis infraconstitucionais na concretização dos direitos fundamentais. Deve-se apenas respeitar o princípio da supremacia da Constituição, averiguando a constitucionalidade das normas (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 60).

### 2.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tem-se que o estudo dos direitos fundamentais envolve muitos fatores, como exposto anteriormente, assim, cola-se uma breve definição ou conceito de direitos fundamentais formulado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, antes de descrever-los individualmente.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (2007, p. 54).

O que se pode confirmar nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos:

Direitos fundamentais são um conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive (2008, p. 404).

Passada essa premissa adentremos aos direitos fundamentais específicos. Na Constituição de 1988 temos a abrangência de muitos direitos fundamentais. Entretanto, trata-se de um rol exemplificativo, já que não se exclui os demais direitos fundamentais previstos por meio dos princípios, tratados internacionais. Conforme dispõe o § 2º do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 2010a).

A respeito do § 2º do art. 5º, leciona Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição (2008, p. 237).

O doutrinador Uadi Lammêgo Bulos elenca os principais direitos e garantias fundamentais compreendidos na Constituição Federal de 1988:

- Os direitos individuais e coletivos (art. 5º);
- Os direitos sociais (arts. 6º e 193 e s.);
- Os direitos à nacionalidade (art. 12);
- Os direitos políticos (arts. 14 à 16); e
- Os direitos dos partidos políticos (art. 17) (2008, p. 408).

Assim, passamos a estudá-los individualmente.

### 2.3.1. OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Os direitos individuais e coletivos estão previstos por todo o texto constitucional, encontram-se mais especificamente no art. 5º, compreendem os direitos de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (SILVA, 2008, p. 190).

A Constituição brasileira enuncia os direitos e deveres individuais e coletivos no pórtico do seu Título II, Capítulo I.

Existe uma justificativa para isso.

É que a Carta de 1988 – ao sair da excepcionalidade institucional para o reordenamento constitucional – rompeu a praxe de deixar a enunciação dos direitos fundamentais para depois.

Quis priorizar os direitos fundamentais, as garantias sacrossantas da cidadania, dando-lhes destaque topográfico (BULOS, 2008, p. 413).

Os direitos individuais podem ser fracionados em três grupos. Como leciona José Afonso da Silva:

[...] (1) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; (2) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); (3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*. [...] (2008, p. 194).

A partir disso, podemos classificá-los em cinco grupos: direito à vida, direito à intimidade, direito de igualdade, direito de liberdade e direito de propriedade (SILVA, 2008, p. 194).

Embora o Capítulo I do Título II destaque uma categoria de direitos coletivos, estes se encontram positivados em vários artigos, já que o art. 5º não contempla por inteiro o tema (SILVA, 2008, p. 195).

Muitos desses direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. [...] (SILVA, 2008, p. 195).

Portanto, os direitos individuais e coletivos são previstos ao longo da Constituição Federal, resguardando a todos os cidadãos o direito de acesso.

### **2.3.2. OS DIREITOS SOCIAIS**

Os direitos sociais estão previstos no Capítulo II do Título II da Constituição brasileira de 1988. Eles são realizados pelo Estado em prol de todos, especialmente dos menos favorecidos, garantindo melhores condições de vida e desenvolvimento (BULOS, 2008, p. 624).

Assim podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. [...] (SILVA, 2008, p. 286).

Nessa linha, cola-se os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um

Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (2004, p. 203).

Os direitos sociais abrangem os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança, ao lazer, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Como dispõe José Afonso da Silva, a seguir:

[...] sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11, agrupá-los-emos nas seis classes seguintes: (a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente (2008, p. 287).

Dessa forma, os direitos sociais são tarefas do poder público. Este deve garanti-los para o exercício dos direitos humanos fundamentais. A realização de serviços para assegurar os direitos sociais também faz parte das incumbências atribuídas ao Estado. Por isso que temos a participação positiva do Estado quando falamos em direitos sociais (BULOS, 2008, p. 624).

### **2.3.3. OS DIREITOS A NACIONALIDADE**

A nacionalidade conecta as pessoas a um Estado, e, assim, passam a fazer parte deste, podendo exigir seus direitos e deveres. Consoante Alexandre de Moraes:

Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos (2004, p. 214).

Adquirida a nacionalidade o indivíduo passa a fazer parte do povo do Estado, e, então temos o direito à nacionalidade, que dá direitos e impõe deveres (BULOS, 2008, p. 650).

Nesse contexto, Alexandre de Moraes traz o conceito de povo:

Povo: é o conjunto de pessoa que fazem parte de um Estado – é seu elemento humano. O povo está unido ao Estado pelo vínculo jurídico da nacionalidade (2004, p. 214).

Quanto à previsão constitucional do direito à nacionalidade temos o art. 12 da Constituição Federal, que difere os brasileiros em dois grupos, os brasileiros natos que possuem nacionalidade primária (art. 12, I), e os brasileiros naturalizados que possuem o Brasil como segunda nacionalidade (art. 12, II) (SILVA, 2008, p. 325).

Neste sentido leciona Alexandre de Moraes:

A nacionalidade primária, também conhecida por originária, ou de origem, resulta do nascimento a partir do qual, através de critérios sanguíneos, territoriais ou mistos será estabelecida.

A nacionalidade secundária ou adquirida é a que se adquire por vontade própria, após o nascimento, e em regra pela naturalização (2008, p. 215).

A lei prevê a não distinção entre brasileiros natos e naturalizados, entretanto, existem vantagens aos brasileiros natos. Senão vejamos:

As distinções que há entre a condição de brasileiro nato e naturalizado são só aquelas consignadas na Constituição. Nisso, ela foi expressa no art. 12, § 2º, segundo o qual “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”. Não precisava dizê-lo; reforça, contudo, o princípio da não distinção e não preferências entre ambas as categorias de brasileiros (arts. 3º, IV, e 19, III) e o princípio da igualdade entre elas, que encontra arrimo no *caput* do art. 5º, de modo que qualquer tratamento desigual, para situações iguais, envolvendo-as, infringe o princípio da isonomia consignado naqueles dispositivos (SILVA, 2008, p. 332).

As únicas formas de diferença de tratamento são os previstos na Constituição Federal de 1988, que se referem a cargos, funções, extradição e propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Conforme se extrai de Uadi Lammêgo Bulos:

**Regra geral** – a lei ordinária não pode distinguir o brasileiro nato do naturalizado, privilegiando um em detrimento do outro;

**Exceções** – a lei ordinária apenas pode estatuir exceções nos assuntos especificados pela própria Carta Magna, quais sejam, extradição (CF, art. 5º, LI), cargos (CF, art. 12, §3º), função (CF, art. 89, VII) e propriedade de empresa jornalística, de radiodifusão sonora, de sons e imagens (CF, art. 222). Frise-se bem: o legislador comum não detém autorização constitucional para prever outras exceções além das que já existem (2008, p. 666).

No que concerne à condição jurídica do brasileiro naturalizado, José Afonso da Silva especifica suas restrições:

- (1) são privativos de brasileiro nato os cargos de: Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; carreira diplomática; oficial das Forças Armadas; Ministro da Defesa (art. 12, § 3º);
- (2) também é privativa de cidadão brasileiro nato a função de membro do Conselho da República (art. 89, VII);
- (3) o brasileiro nato não pode ser extraditado, o que pode ocorrer com o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (art. 5º, LI);
- (4) o brasileiro naturalizado há menos de dez anos não pode ser proprietário de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222) (2008, p. 333).

Logo, a nacionalidade proporciona a um indivíduo a garantia e proteção de seus direitos frente ao Estado a que pertence. No entanto, ao mesmo tempo que se dá direitos se atribui deveres, em função de sua condição.

#### **2.3.4. OS DIREITOS POLÍTICOS**

Os direitos políticos estão relacionados à soberania popular. São direitos de participação no processo político. Como leciona Uadi Iammêgo Bulos a seguir:

Direitos políticos são prerrogativas jurídico-constitucionais, verdadeiros direitos público subjetivos, que traduzem o grau de participação dos cidadãos no cenário governamental do Estado (2008, p. 672).

E, ainda, nesse sentido:

Os direitos políticos formam a base do regime democrático. A expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, [...] (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 729).

Segundo Alexandre de Moraes são direitos políticos:

- direito de sufrágio;
- alistabilidade (direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos);
- elegibilidade;
- iniciativa popular de lei;
- ação popular;
- organização e participação de partidos políticos (2008, p. 234).

A Constituição Federal traz a classificação dos direitos políticos em positivos e negativos, no que concerne à participação no processo eleitoral.

Podem-se, definir os direitos políticos positivos, como regras que garantem a todos o direito de fazer parte do processo eleitoral, do processo político. Como expõe José Afonso da Silva:

Os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação pública por meio das diversas modalidades de direito [...] (2008, p. 348).

A soberania popular é evidenciada através destes direitos políticos positivos, na medida em que eles compreendem o direito de sufrágio, os sistemas eleitorais e o procedimento eleitoral. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos:

Direitos políticos positivos são o conjunto de normas jurídicas que asseguram a participação do povo no cenário eleitoral do Estado. São direitos cívicos – *jus civitatis* - na medida em que permitem ao cidadão participar, direta ou indiretamente, do processo político. Consignam por isso um desdobramento do princípio da representatividade ou da soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único), englobando:

- o direito de sufrágio em seus aspectos ativo (direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos = alistabilidade) e passivo (direito de ser votado = elegibilidade);
- os sistemas eleitorais; e
- o procedimento eleitoral (2008, p. 672).

Já os direitos políticos negativos são regras constitucionais que não deixam que o indivíduo participe do sistema eleitoral. Denega-se ao indivíduo os direitos de votar e ser votado. A respeito do tema escreve José Afonso da Silva:

Denominamos direitos políticos negativos àquelas determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que negam, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública (2008, p. 381).

Assim, os direitos políticos garantem a participação da população em todo processo eleitoral. Com isso, efetivam-se princípios constitucionais como a

soberania popular, o que assegura o sistema democrático, evitando governos autoritários.

### 2.3.5. OS DIREITOS DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Os partidos políticos caracterizam-se pela união de pessoas com pensamentos e ideais em comum, que norteiam a política do país, buscando o apoio popular. Assim, leciona José Afonso da Silva:

O partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo. [...] (2008, p. 394).

Traçando algumas diretrizes, evidencia-se a previsão constitucional para os partidos políticos, tendo em vista que estes são fundamentais para a democracia e para a manutenção da soberania popular frente aos governos. Extraem-se dos dizeres de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal regulamentou os partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito, afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei (2004, p. 265).

De acordo com a Constituição Federal, art. 17, *caput*, a criação, incorporação, fusão ou extinção dos partidos políticos são livres, respeitando-se a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Como registra Uadi Lammêgo Bulos:

[...] o constituinte consagrou o princípio da liberdade partidária, pelo qual nenhuma estrutura de poder pode influenciar, muito menos interferir, na criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos. Mas o princípio da liberdade partidária não é ilimitado ou irrestrito, porque se condiciona a preservação da soberania nacional (CF, art. 1º, I), do regime democrático (CF, Preâmbulo e art. 1º, parágrafo único), do pluripartidarismo (CF, art. 1º, III) e dos direitos fundamentais da pessoa humana (CF, art. 5º)(2008, p. 273).

A função dos partidos políticos é conhecer a vontade do povo e concretizá-la quando chegar ao poder, aplicando-se, também, seu plano de governo. Dessa forma, seria importante que todos os partidos tivessem uma ideologia definida, bem como se estruturassem a partir dela, atuando sempre em conformidade com os interesses da população (SILVA, 2008, p. 401).

Portanto, a existência de partidos políticos além de necessário faz-se muito importante, para a concretização dos direitos humanos, bem como para a democratização dos sistemas políticos partidários, respeitando-se assim todos os preceitos constitucionais.

### 3. TUTELAS DE URGÊNCIA

#### 3.1. FUNDAMENTOS

As medidas cautelares e antecipatórias são consideradas tutelas de urgência, as quais têm como objetivo primordial garantir a efetividade do processo, evitando a ineficácia da tutela judicial.

Nosso ordenamento jurídico insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela de mérito. Todas essas medidas formam o gênero “tutela de urgência”, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva (THEODORO, 2009, p. 650).

Ainda, nesse sentido registram-se as palavras de Eduardo Arruda Alvim:

A antecipação de tutela com base na urgência, assim como as medidas cautelares, visa a dar efetividade ao princípio constitucional do acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV) [...] (2008, p. 159).

A demora do provimento judicial é uma das grandes problemáticas processuais, e é dentro deste contexto que as tutelas de urgência se inserem dando celeridade ao direito buscado. Consoante Luiz Guilherme Marinoni:

O procedimento ordinário não é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje ocorre nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração da superação do procedimento ordinário – como única via de tutela dos direitos -, [...] A proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massas, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelo procedimento ordinário (1994, p. 4).

Nessa perspectiva transcreve-se, também, os ensinamentos de Humberto Theodoro júnior:

É intuitivo, destarte, que a atividade jurisdicional tem de dispor de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo (2009, p. 486).

Dessa forma, o instituto das tutelas de urgência surgiu como um instrumento para garantir o provimento judicial, preocupando-se com a urgência dos processos judiciais. De acordo com o art. 5º, inciso XXXV e LXXVIII da Constituição Federal, a seguir disposto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

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 (BRASIL, 2010a).

Sobre o tema esclarece Cássio Scarpinella Bueno:

Dentre as várias técnicas de que o legislador e o juiz podem (e devem) valer-se concretamente para realizar a diretriz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, isto é, para imunizar situações de ameaça, situações de “perigo da demora da prestação jurisdicional” ou o que é o mesmo em expressão latina largamente consagrada, de *“periculum in mora”*, encontram-se, no referencial do direito infraconstitucional, as chamadas tutelas *cautelar* e *antecipada* (2007, p. 275).

Nesse sentido, busca-se proteger a eficácia, o resultado do processo, aplicando-se o previsto na Constituição Federal.

Portanto, o que legitima a aplicação de tutelas cautelares e antecipadas é o requisito urgência. Faz-se necessário uma atuação imediata do juiz para proteger a própria atividade jurisdicional que será realizada. Como expõe-se a seguir:

O que, para o momento presente da exposição, justifica a menção às chamadas tutela cautelar e tutela antecipada é que, em ambas, o elemento constante, que legitima a pronta e imediata, até mesmo enérgica atuação do Estado-juiz, é a “urgência”, isto é, a necessidade de atuação jurisdicional antes da consumação do dano. A tutela jurisdicional em casos como estes justifica-se para evitar que o tempo necessário para concretização dos princípios constitucionais destacados no parágrafo anterior seja, ele próprio, fator de prejuízo, quicá de total inutilidade, da própria atividade a ser desenvolvida jurisdicionalmente (BUENO, 2007, p. 276).

Na medida em que existe o perigo de ocorrer um dano ao direito pleiteado é cabível a aplicação de uma tutela de urgência a fim de proteger o provimento judicial.

Consoante Ovídio Baptista:

O grande móvel, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a urgência, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional (1996, p. 17).

Ao aplicar uma tutela de urgência o juiz forma uma cognição sumária diferente da formada no julgamento do processo, tendo em vista a necessidade de uma tutela imediata. Logo, o seu convencimento ao deferir tais medidas é formado com a verificação da verossimilhança das alegações ou na presença da fumaça do bom direito. Não há como verificar-se ao fundo se existe o direito que se diz estar sendo violado, nem a prova de perigo da demora. Como descrito abaixo:

Preferindo oferecer proteção imediata que seja capaz de preservar a incolumidade do direito ameaçado de dano iminente, cuja existência, porém, não fora ainda constatada pelo juiz, terá de oferecer proteção, contentando-se com a simples probabilidade de existência do direito protegido, dado que essa tutela, em virtude da urgência circunstancial, impedirá que o magistrado forme seu convencimento com base numa investigação probatória exauriente (SILVA, 1996, p.18).

[...] quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera parte, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. [...] (NERY JÚNIOR; NERY, 2007, p. 525).

O Código de Processo Civil disciplina individualmente a antecipação de tutela e as medidas cautelares, distinguindo claramente seus requisitos e atuação. Portanto, para melhor diferenciar seus contextos também as veremos separadamente.

### **3.1.1. MEDIDAS CAUTELARES - GENERALIDADES**

As medidas cautelares estão previstas no art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, as quais têm como atribuição primordial a de assegurar, garantir o resultado do processo, não deixando que a decisão final seja ineficaz. Consoante Humberto Theodoro Júnior:

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em provimento inócuo e inútil (2009, p. 486).

Como também escreve Ovídio Baptista:

A tutela cautelar, portanto, protege o direito, e não o processo, como muitos entendem. Então, a primeira exigência que se faz presente, quando se quer conceituar o que seja a tutela cautelar, é a de estabelecer, no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar (1996, p. 49).

São características essenciais da tutela cautelar: preventividade, instrumentalidade, urgência, hipoteticidade, revogabilidade, modificabilidade, provisoriedade e fungibilidade (DESTEFENNI, 2006, p. 13).

Assim, a tutela cautelar não objetiva a satisfação de um direito e sim a proteção do mesmo, sendo uma medida de garantia.

### **3.1.1.1. PRESSUPOSTOS DA TUTELA CAUTELAR**

O processo cautelar faz a exigência de dois requisitos específicos para a sua existência, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Como explicita Marcus Vinícios Rios Gonçalves:

A efetiva existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* constitui o mérito da ação cautelar. É isso que o juiz deve examinar para decidir se concede ou não a medida solicitada, se julga procedente ou improcedente a cautelar (2010, p. 241).

Tem-se, também, que os pressupostos em epígrafe tratam-se de requisitos cumulativos, ou seja, devem estar presentes em conjunto (DESTEFENNI, 2006, p. 19).

A seguir vamos analisá-los individualmente.

#### **3.1.1.1.1. DO FUMUS BONI JURIS**

O *fumus boni juris* trata-se da aparência do bom direito, portanto, existindo o aspecto de verdade do direito buscado, o juiz fundando seu

convencimento em uma cognição sumária, concede a tutela cautelar (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 40).

No que pertine ao requisito da fumaça do bom direito, escreve Marcus Vinícios Rios Gonçalves:

O exame do *fumus boni jûris* não exige uma avaliação aprofundada dos fatos, nem da relação jurídica discutida. A concessão da tutela cautelar não pode constituir um prognóstico do que irá ocorrer no processo principal. É possível que o juiz a conceda, ainda que esteja pouco convencido de que o requerente possa sair vitorioso no processo principal, quando verificar que o não deferimento inviabilizará a efetivação do direito, caso, apesar de tudo, ele venha a ser reconhecido (2010, p. 243).

E, ainda, transcreve-se os ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva: “O *fumus boni juris* enquanto simples verossimilhança do direito invocado pela parte, é pressuposto inafastável do juízo cautelar (1996, p. 121/122)”.

Então, para a caracterização do *fumus boni juris* deve ficar demonstrada a plausibilidade do direito invocado, ou seja, que tal direito é passível de tutela no processo principal.

### 3.1.1.1.2. DO *PERICULUM IN MORA*

O perigo da demora refere-se a um resultado ineficaz do processo, em razão da longa duração do mesmo. Assim, através das cautelares busca-se garantir o resultado do processo principal (DESTEFENNI, 2006, p. 20).

Destacam-se abaixo os dizeres de Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

[...] (o risco) é o que a doutrina chama de *periculum in mora*. É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se pleiteia, ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia (2008, p. 41).

Quando se discute o perigo da demora está a se falar do resultado final do processo, visto que se existir o *periculum in mora* o resultado eficaz do processo corre risco. Como escreve Marcus Vinícios Rios Gonçalves:

O deferimento da tutela cautelar está condicionado a que o provimento final corra risco, esteja ameaçado e não possa aguardar o julgamento final.

Sem isso não se justifica. Ao avaliá-lo, o juiz não precisa fazer um juízo de certeza. Não é preciso que a ameaça esteja cabalmente comprovada, bastando que seja provável ou possível que exista. [...] Isso não afasta a necessidade de que o temor seja fundado, objetivo. O juiz não poderá conceder a medida com base em suposições, em receios subjetivos, que não podem ser demonstrados, nem encontrem amparo em fato concreto (2010, p. 243).

Portanto, presentes os requisitos que justificam a tutela cautelar faz-se necessária sua concessão para proteger o resultado eficaz do processo principal.

Desta feita, existindo fundamento relevante e possibilidade de dano iminente, ou seja, presentes os dois requisitos para a concessão da medida cautelar, o juiz deve concedê-la sem preocupar-se quanto à procedência do direito pleiteado no processo principal.

Nesse diapasão, faz-se necessário abordar uma breve definição de cautelares satisfativas. Tal instituto caracteriza-se pela solução, pela satisfação do direito, por meio de uma medida de garantia. Assim, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Há hipótese em que se ajuíza a ação, pelo procedimento cautelar, com objetivo de medida de cunho satisfativo. Neste caso é desnecessária a propositura posterior de ação principal, porque a medida se exaure em si mesma. São denominadas impropriamente pela doutrina e jurisprudência como *cautelares satisfativas*. Impropriamente porque não são cautelares, na verdade, já que a satisfatividade é incompatível com cautelaridade. Seria mais apropriado falar-se em *medidas urgentes* que, tendo em vista a situação fática concreta, ensejam pedido liminar ou pedido que se processo pelo rito do processo cautelar. [...] (2002, p.1069).

Existem muitas controvérsias a respeito da existência de cautelares satisfativas. Por sua natureza acessória, o resultado da cautelar deverá sempre estar assegurando o postulado em outro processo, não sendo, portanto, o fim principal. Em uma acepção leiga, satisfação significa qualidade ou efeito de satisfazer-se, contentamento. Juridicamente, satisfação está ligada a direitos, pretensões ou interesses jurídicos.

Há doutrinadores que defendem que é da essência das cautelares que não sejam satisfativas, e julgam tal definição contraditória. Esses doutrinadores entendem que não existem mais cautelares satisfativas. Isso porque, com a entrada em vigor da Lei 8.952/94 tornou-se possível a concessão de medidas de urgência dentro dos processos de conhecimento, possibilitando que fossem deferidas

liminares e englobando as cautelares e as tutelas antecipadas no rol de tutelas de urgência.

### **3.1.2. MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS - GENERALIDADES**

A tutela antecipada surgiu como meio de antecipar o resultado da sentença. Tal medida visa afastar os danos materiais sofridos pelas partes em razão da demora processual.

Como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo [...] (2008, p. 199)”.

Acerca do surgimento da tutela antecipada disserta Humberto Theodoro Júnior:

Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da “antecipação de tutela” (Lei nº 8952 de 13.12.94) já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora (2009, p. 660).

Dessa forma, passou-se a dividir o ônus da morosidade processual, na medida em que o autor pode exercer seus direitos antes mesmo de uma sentença definitiva, evitando que o réu seja beneficiado pelo tempo de duração do processo. Conforme, transcreve-se a seguir:

[...] é correto dizer que a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para timidez no seu uso, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 199/200).

Portanto, a tutela antecipada não é uma medida definitiva, visto que não põe fim ao processo e não decide o mérito, trata-se de uma decisão interlocutória, como descreve Ovídio Baptista da Silva:

O legislador da reforma, ao redigir o art. 273, dispôs sobre a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos, entendidos estes como as conseqüências geradas pela sentença que acolher o pedido formulado pelo autor, o que é diferente da faculdade eventualmente concedida ao juiz de, em vez de efeitos, antecipar julgamento, proferindo sentença liminar de mérito (2008, p. 122).

A antecipação da tutela consiste no adiantamento dos resultados da sentença de procedência para o autor (SILVA, 2008, p. 123).

Para a concessão de antecipação de tutela faz-se necessário a existência de pedido da parte, não podendo o juiz concedê-la a seu critério. Consoante os ensinamentos de Eduardo Arruda Alvim:

[...] o juiz não deverá antecipar a tutela *ex officio*. Deverá fazê-lo sempre mediante pedido expresso do autor.  
Nem teria sentido, segundo nosso entendimento, uma vez que a jurisdição é inerte (CPC, art. 2º), estando o juiz adstrito aos termos do pedido formulado [...] (2008, p. 221/222).

A antecipação de tutela trata-se geralmente de uma decisão interlocutória, ou seja, esta não soluciona a lide e sim resolve questões incidentais. Assim, a decisão que defere o pedido liminar antecipa os efeitos buscados pela sentença de procedência (ZAVASKI, 1997, p. 70).

Nesse sentido, discorre Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

O mais importante, porém, é o seguinte: aquele que deseja tutela antecipatória necessita de algo imediato, e apenas a decisão interlocutória pode produzir efeitos imediatamente [...] (2008, p. 220).

Tem-se, ainda, que a concessão de tutela antecipada pode ocorrer na própria sentença que aprecia o mérito da causa, não existem restrições nesse sentido (THEODORO, 2009, p. 672).

O requerimento da medida antecipatória ocorre nos próprios autos onde se discute a demanda, podendo ser na peça inaugural ou em momento posterior em petição intermediária, dependendo de quando se façam presentes os requisitos necessários para o seu deferimento (ALVIM, 2008, p. 222/223).

Dessa forma, é cabível, também, pedido de antecipação de tutela para os tribunais em decorrência da superveniência dos requisitos que ensejam a concessão da tutela antecipada (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 220).

### **3.1.2.1. PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA**

O legislador criou o instituto da antecipação da tutela para afastar os perigos decorrentes da demora da prestação jurisdicional. Para tanto, criou requisitos que devem estar presentes para o seu cabimento.

De tal modo, instituiu as condições necessárias, dividindo-as em pressupostos concorrentes e alternativos, como exposto a seguir.

#### **3.1.2.1.1. PRESSUPOSTOS CONCORRENTES**

Para a concessão de tutela antecipada faz-se necessária a presença dos pressupostos concorrentes, ou seja, requisitos essenciais, hábeis a ensejar o benefício pretendido. Dizem-se concorrentes, pois, a presença de um somente não é suficiente.

Dessa forma, passa-se a estudá-los.

##### **3.1.2.1.1.1. DA PROVA INEQUÍVOCA E DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES**

Preenchidos os pressupostos concorrentes é cabível a antecipação de tutela. Os pressupostos concorrentes compreendem a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. A primeira traz a idéia de uma prova suficiente a convencer o juízo da verdade dos fatos; já a segunda, refere-se à convicção da existência de direito a partir dos fatos narrados, mesmo que em sede de cognição superficial (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 211).

No que concerne aos pressupostos em epígrafe, leciona Teori Albino Zavascki:

*O fumus boni iures* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos.

[...] a antecipação de tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto a verdade dos fatos (1997, p. 76).

Quanto ao pressuposto da verossimilhança das alegações temos a aparência de verdade, trata-se de um juízo de probabilidade em nível elevado de convencimento.

Assim, a verossimilhança vem a ser um juízo realizado, a partir dos fatos expostos na petição inicial, da existência do direito buscado.

Portanto, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações são requisitos diferentes, porém ambos dizem respeito a juízo de probabilidade de acatamento das alegações feitas pelo autor.

### **3.1.2.1.2. PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS**

Além da existência dos pressupostos concorrentes para a concessão de medidas antecipatórias, um dos pressupostos alternativos também deve estar presente.

No que tange aos pressupostos alternativos, o próprio nome já explica, ou seja, a presença de um dos dois é satisfatório, não precisam coexistir. Abaixo se destaca os mesmos.

#### **3.1.2.1.2.1. DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO**

A antecipação de tutela visa evitar a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação ao direito material pleiteado. Então, existindo indícios fortes e iminentes àquele, é cabível a concessão de medida antecipatória. Como demonstrado abaixo por Teori Albino Zavascki:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela (1997, p. 77).

E, ainda, de acordo com José Joaquim Calmon de Passos:

[...] sem se considerar o comportamento do réu, sua culpa, seu dolo, sua contribuição para que os danos venham a existir. Analisa-se a situação do

autor e exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, se concluir pela necessidade ou não da antecipação, e essa necessidade só se verificará quando houver o fundado receio de que os danos ocorrerão (1996, p. 198).

A concessão da tutela antecipada quando a parte, o autor, estiver na iminência de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação pode ocorrer de imediato, até mesmo antes de proporcionado o contraditório. Não existe um momento específico para sua determinação, podendo acontecer em momentos variados (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 216).

### **3.1.2.1.2.2. DO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO RÉU**

Estando o juiz convencido da verossimilhança das alegações autorais e comprovado o abuso do direito de defesa por parte do réu, ou mesmo a prova de que o mesmo comporta-se de forma a protelar o andamento do processo, poderá antecipar a tutela pleiteada (SILVA, 2008, p. 130).

Dessa forma, cola-se as colocações de Teori Albino Zavascki, quanto aos institutos em epígrafe:

[...] Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, “propósito protetatório” é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também os “abusos de direito de defesa” (1997, p. 77).

A conduta do réu no caso em tela reforça o direito buscado pelo autor, ou seja, suas alegações ganham maior credibilidade, como coloca Ovídio Baptista da Silva:

É evidente que o comportamento indesejado do réu, nas hipóteses indicadas pelo art. 273, II, faz presumir que ele não disponha realmente de nenhuma “contestação séria” a opor ao autor. Neste caso, a antecipação será concedida porque a verossimilhança do direito do autor tornara-se ainda mais consistente ante a conduta do réu, sem que o juiz esteja necessariamente obrigado a fundá-la nos pressupostos indicados por este dispositivo (2005, p. 132).

A concessão da antecipação de tutela está submetida ao Princípio da Necessidade, ou seja, a mesma se justifica se for imprescindível sua concessão.

Assim, os atos do réu que forem abusivos, mas não afetarem o andamento do processo não justificam a antecipação de tutela. A legitimação se dá caso o comportamento adotado pela parte contrária efetivamente afetar, prolongar o processo (ZAVASCKI, 1997, p. 78).

### **3.2. DISTINÇÃO ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS**

As tutelas cautelares e antecipadas possuem características em comum, entretanto, tratam-se de institutos completamente diferentes, fazendo-se necessário destacar as suas divergências. Como explica Fabrício Adriano Alves:

É de fundamental importância, antes de analisar o que constitui e caracteriza a tutela antecipada, diferenciá-la do instituto jurídico da tutela cautelar pois esta, assim como a tutela antecipatória, reveste-se da característica da sumarização. A tutela de urgência é mais abrangente que a tutela cautelar e volta-se a todas aquelas situações em que o decurso do tempo constitui um ônus extremamente pesado para as partes. A tutela de urgência tem um caráter preventivo, de maneira a evitar que a demora do processo permita à outra parte um comportamento que venha a causar um dano irreparável. É um gênero do qual a tutela cautelar e a tutela antecipada constituem espécies (2008, p. 100).

Não há como confundir as medidas cautelares e antecipadas, visto que suas funções são diversas. Enquanto as primeiras asseguram a execução, as segundas antecipam a execução para segurança (SILVA, 1996, p.17).

No mesmo sentido, colhe-se da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

De fato, não se pode aceitar a orientação dos que preconizam a inserção numa só figura e num só regime de tutela urgente, tanto das medidas cautelares como das antecipatórias. [...] Se, porém, o regime legal é diverso, tanto no procedimento como nos requisitos de obtenção das providências emergenciais de um e outro grupo de medidas, não me parece razoável negar-se a diferenciação técnica e prática entre as duas espécies de tutela de urgência.

Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor (2009, p. 654).

Quanto aos pressupostos exigidos para a concessão das tutelas urgentes, destacam-se os ensinamentos de Teori Albino Zavascki:

[...] diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito que decorre de (relativa) certeza quanto a verdade dos fatos (1997, p. 76).

Isso ocorre em razão da aplicabilidade de cada uma, ou seja, as cautelares apóiam o processo; enquanto as antecipatórias, às pessoas. Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco:

São cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipação de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas (2003, p. 58).

Nesse sentido, têm-se as colocações de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor) (2007, p. 523)

A tutela antecipada dá ao autor o resultado final buscado pelo processo; enquanto a tutela cautelar, limitam-se a assegurar um resultado útil ao processo (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 227).

Portanto, como visto acima, as tutelas cautelares e antecipatórias apesar de possuírem algumas características em comum, divergem totalmente no que diz respeito ao fim buscado por cada medida.

### 3.3. PREVISÃO LEGAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

#### 3.3.1. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A Lei nº 8.952 de 13.12.1994 introduziu no Código de Processo Civil, o art. 273, que traz a previsão da tutela antecipada, conforme segue abaixo:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:  
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou  
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado (BRASIL, 2010b).

No “caput” do artigo encontram-se os requisitos essenciais a concessão da tutela antecipada, quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. Como observa Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Como se vê, o art. 273 afirma que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação” (2008, p. 211).

Nos incisos I e II do artigo acima referido encontram-se os pressupostos alternativos para a concessão da antecipação de tutela. Conforme as palavras de Teori Albino Zavascki:

Aos pressupostos concorrentes acima referidos, deve estar agregado, sempre, pelo menos um dos seguintes pressupostos alternativos: (a) o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I) ou (b) o “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (inciso II) (1997, p. 76/77).

Quanto ao § 1º do art. 273 temos a exigência de fundamentação da decisão por parte do juiz. Nesse contexto escreve Eduardo Arruda Alvim:

O § 1º do art. 273 dispõe que a decisão antecipatória de tutela deve ser fundamentada, devendo o juiz indicar de *“modo claro e preciso as razões de seu convencimento”*. Na verdade, trata-se de dispositivo até mesmo redundante, desde que por expressa determinação constitucional (art. 93, inc. IX) toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada sob pena de nulidade. Tem-se, afinal, que a fundamentação das decisões judiciais é verdadeiro corolário do Estado de Direito. De qualquer forma, há de se aplaudir o teor do dispositivo em questão, porque reafirma, conforme já observamos, no plano legal, princípio constitucional de grande magnitude. Em realidade esse comando talvez se possa explicar pela circunstância de que, na maioria das hipóteses, conceder-se uma tutela antecipada é situação delicada, e, a fundamentação, clara e precisa, de uma parte justificará a decisão, e, de outra, ensejará condições para o recurso. Quase nunca a concessão de tutela poderá estar lastreada num silogismo simples, senão que é decisão que envolve avaliação de circunstâncias não poucas vezes complexas (2008, p. 228).

O § 2º refere-se ao perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Preconiza a não concessão de tutelas antecipadas quando da iminência de irreversibilidade dos efeitos gerados pela medida. Com relação ao assunto escreve Ovídio Baptista da Silva:

O § 2º do art. 273 exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe concedê-las quando “houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Pode acontecer – e esta ocorrência não é rara na prática forense – que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade dos efeitos práticos, seja esta irreversibilidade decorrente do “estado perigoso” contra o qual se busca a tutela, seja uma irreversibilidade análoga provocada pela concessão da medida. Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil [...] [...] ante a “bilateralidade” do risco de dano irreparável que poderá ocorrer sempre que a não-concessão da medida possa causar também um dano irreversível ao autor -, estará o juiz autorizado a sacrificar o interesse considerado menos relevante (2008, p. 132/133).

No que concerne ao § 3º, temos a previsão de que o juiz observará os arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A do Código de Processo Civil ao conceder a antecipação de tutela. Abaixo se transcreve os preceitos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart a respeito do tema:

É óbvio que a tutela antecipatória pode ser concedida em face das sentenças mandamental e executiva. Os arts. 461 e 461-A do CPC (relativos às “obrigações” de fazer e de não fazer e de entregar coisa), que permitem ao juiz proferir tais sentenças, ordenando sob pena de multa ou determinando medidas executivas (cf. art. 461, § § 4º e 5º), afirmam expressamente (arts. 461, § 3º, e 461-A, § 3º) que o juiz pode conceder tutela antecipatória (2008, p. 220).

O § 4º dispõe sobre a modificação e revogação das tutelas antecipadas, determinando apenas que sejam feitas através de decisões fundamentadas. Em contrapartida a doutrina faz críticas a tal dispositivo, visto que a revogação ou modificação deveria ocorrer em razão de modificação nas circunstâncias que deram ensejo a sua concessão.

O § 4º do art. 273 exagerou no que se refere à precariedade do provimento antecipatório, dispondo que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada “a qualquer tempo”, exigindo apenas que a modificação ou revogação se faça em decisão fundamentada. As medidas antecipatórias não devem ter sua estabilidade tão ou mais precária do que o seriam as medidas cautelares. Seria recomendável que o legislador tivesse condicionado a modificação ou revogação da tutela antecipada à ocorrência de modificações nas circunstâncias (SILVA, 2008, p. 133).

No mais das vezes, a decisão que concede a antecipação de tutela é uma decisão interlocutória, não põe fim ao processo. O § 5º traz que, independentemente de conceder ou não a antecipação de tutela, o processo perdurará até o julgamento final. Assim, transcrevem-se os dizeres de Ovídio Baptista da Silva:

O legislador da reforma, ao redigir o art. 273, dispôs sobre a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos, entendidos estes como as conseqüências geradas pela sentença que acolher o pedido formulado pelo autor, o que é diferente da faculdade eventualmente concedida ao juiz de, em vez de efeitos, antecipar julgamento, proferindo sentença liminar de mérito (2008, p. 122).

Nesse diapasão, cabe ressaltar que a concessão de antecipação de tutela pode ocorrer na sentença, como explicita Humberto Theodoro Júnior:

Questão interessante é aquela em que o juiz de 1º grau, ou o Tribunal, se convence da necessidade de tutela antecipada no momento de proferir a decisão final de mérito. A meu ver, nada impede que seja aberto na sentença um capítulo especial para a medida do art. 273 do CPC. Se o juiz pode fazê-lo de início e em qualquer fase do processo anterior ao encerramento da instrução processual, nada impede a tomada de tal deliberação depois que toda a verdade real se esclareceu em pesquisa probatória exauriente. [...] (2009, p. 672).

O legislador trouxe no § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil que: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (BRASIL, 2010b)”.

Dessa forma, escrevem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Tendo havido reconhecimento parcial ou não-contestação, parcela daquilo que é postulado pelo autor torna-se incontroverso. Ora, como o jurisdicionado tem direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, e isso significa dizer que o direito que se tornou incontroverso no processo não pode ter a sua realização postergada, admite-se a tutela antecipatória da parte incontroversa daquilo que foi postulado pelo autor (art. 273, § 6º).

A tutela da parte incontroversa é fundada em cognição exauriente. O juiz não pode concedê-la quando ainda necessitar de provas. Esta tutela somente é viável quando o direito estiver evidenciado, seja pela prova, seja pelo reconhecimento parcial ou pela não contestação (2008, p. 233/234).

No § 7º o legislador trouxe a possibilidade de fungibilidade das tutelas de urgência, ou seja, a faculdade de o juiz receber uma pela outra nos casos em que haja dúvida, ou seja, confusão fundada e razoável quanto à natureza das tutelas urgentes.

O § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e antecipatória ou afirma que toda e qualquer tutela cautelar pode ser requerida no processo de conhecimento. Ao contrário, tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória) (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 228).

Assim, a introdução do art. 273 no Código de Processo Civil trouxe maior eficácia aos processos, eliminando os riscos que envolvem a efetividade da tutela jurisdicional.

### **3.3.2. MEDIDAS CAUTELARES**

O legislador trouxe as medidas cautelares no Livro III – Do Processo Cautelar, Título Único – Das Medidas Cautelares no Código de Processo Civil. A seguir estudaremos alguns dos artigos constantes nesse título:

“Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente (BRASIL, 2010b)”. Assim, em

decorrência do artigo acima citado temos as características da instrumentalidade e da urgência:

[...] a tutela cautelar pode até ser prestada antes mesmo de que seja pleiteada a tutela principal, como afirma o art. 796 do CPC. A instrumentalidade é apontada como uma característica típica da tutela cautelar, uma vez que essa tutela, no dizer do CPC, “é sempre dependente da ação principal” (DESTEFENNI, 2006, p. 14/15).

Em decorrência da urgência o juiz pode conceder a medida cautelar antes de realizar o contraditório, de acordo com o artigo abaixo:

Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes (BRASIL, 2010b).

A respeito do assunto ressalta Marcos Destefenni:

[...] em casos excepcionais, pode o juiz ordenar medidas cautelares sem a audiência das partes, isto é, sem prévia audiência ou manifestação do requerente e do requerido. O art. 797, portanto, traduz-se no fundamento legal do poder de iniciativa acautelatória do magistrado (2006, p. 23).

Nesse aspecto, no terceiro capítulo do presente trabalho veremos o que acontece quando o juiz concede a medida cautelar sem a prévia oitiva do réu, analisaremos se a referida medida viola o princípio do contraditório, sob o enfoque dos tipos de contraditório existentes.

O art. 798 do Código de Processo Civil traz o poder geral de cautela, que autoriza a concessão pelo juiz de medidas cautelares quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e esteja presente a plausibilidade do direito invocado. Cola-se o mesmo a seguir:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (BRASIL, 2010b).

Sobre o assunto leciona Marcus Vinícios Rios Gonçalves:

O art. 798 do CPC fala em fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Esse requisito deve ser interpretado com alguma flexibilidade. O juiz, podendo, deve evitar lesão ainda que a reparação, ao final, não possa ser considerada propriamente difícil (2010, p. 244).

Além do poder geral de cautela, o legislador trouxe a previsão das medidas cautelares específicas. Consoante as palavras de Marcus Vinícios Rios Gonçalves abaixo:

No Capítulo II do Livro III, o CPC cuida dos procedimentos cautelares específicos. Diante do poder geral de cautela do juiz, é possível a concessão de qualquer tipo de providência de urgência adequada e eficaz para afastar uma situação de perigo. Além das cautelares especificamente tratadas no referido Capítulo II, tem o juiz o poder de conceder medidas cautelares inominadas.

O legislador, no entanto, tratou especificamente de algumas medidas cautelares, as mais comuns, estabelecendo regras e procedimentos próprios (2010, p. 245).

Dessa forma, Humberto Theodoro Júnior elenca como cautelares específicas: arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos notificações e interpelações, homologação do penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos (2009, p. 553/634).

Logo, com a previsão das medidas cautelares busca garantir-se o resultado processual, visto que essas medidas, caso necessário, podem assegurar o resultado útil do processo, dando eficácia ao provimento judicial.

## **4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TUTELAS DE URGÊNCIA EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO PRAZO RAZOÁVEL E DO CONTRADITÓRIO**

### **4.1. INTRÓITO**

Como já estudado no primeiro capítulo, os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal, entretanto, sem prejuízo de outros direitos fundamentais advindos de princípios ou tratados internacionais.

Os direitos fundamentais são basicamente classificados em cinco grupos os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos à nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos.

Já no segundo capítulo foi abordado o tema “tutelas de urgência” frente à busca pela efetividade processual. As tutelas cautelares e antecipatórias visam evitar o perecimento de direitos inclusive os direitos fundamentais, objeto deste trabalho, em razão da demora da prestação judicial final.

Nessa senda, passamos a analisar os princípios ora em destaque para relacioná-los com a concessão de medidas urgentes e a proteção dos direitos fundamentais.

#### **4.1.1. PRINCÍPIOS DO PRAZO RAZOÁVEL E DO CONTRADITÓRIO**

Os princípios enfocados neste trabalho são: o prazo razoável e o contraditório. Para introduzir a problemática apresentada, mister se faz a conceituação e demonstração da natureza jurídica de ambos.

##### **4.1.1.1. CONCEITOS**

O princípio do contraditório consiste na oportunidade dada as partes de se manifestarem acerca de qualquer ato produzido no processo. Para melhor definir tal princípio registram-se os dizeres de Alexandre de Moraes:

[...] o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (2008, p. 106)

Neste mesmo norte, escreve Nelson Nery Junior:

[...] o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório (1995, p. 124/125).

Logo, o princípio do contraditório visa assegurar as partes o direito de defenderem-se ao longo do processo, contribuindo para o livre convencimento do juiz.

Já o princípio do prazo razoável busca proporcionar a todos uma justiça eficaz, a partir de um processo eficiente, em tempo útil as partes, procurando sempre a celeridade de tramitação dos feitos.

O princípio do prazo razoável consiste em acelerar a prestação jurisdicional com a desburocratização do sistema judicial. Tal princípio visa assegurar o acesso a justiça, que consiste na prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado (SILVA, 2007, p. 432).

No que tange especificamente a garantia constitucional do prazo razoável para duração do processo seria necessário um processo mais célere, que atingisse os fins pleiteados em tempo útil as partes. Contudo, por diversos fatores a prestação jurisdicional definitiva é demorada, logo, a solução dos processos não ocorre de forma a garantir a parte um resultado rápido e eficaz.

Nesse contexto, surgem as tutelas de urgência dando uma agilidade maior aos processos. Todavia, o instituto das tutelas de urgência não contempla por inteiro o fim desejado pelo princípio do prazo razoável, visto que o referido princípio busca a duração razoável da decisão final do processo.

No entanto, as tutelas de urgência garantem de maneira rápida o resultado buscado pela ação, evitando que a tutela definitiva torne-se ineficaz as partes. Dessa forma, o instituto mencionado concretiza a celeridade da prestação jurisdicional, o que preserva o princípio do prazo razoável.

Nesse diapasão transcrevem-se os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário,

em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo inconstitucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.

O assunto envolve temas complexos e pretensões variadas, como a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional e de questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça (2008, p. 500).

Por derradeiro, cumpre enfatizar que o princípio do prazo razoável objetiva adequar o sistema judicial proporcionando as partes um processo mais rápido, que possa atender as necessidades discutidas em tempo útil as partes.

#### **4.1.1.2. NATUREZA JURÍDICA**

Quando falamos no princípio do prazo razoável estamos nos referindo a uma garantia constitucional, ou seja, ao direito de todos a uma duração razoável do processo. A luz dos ensinamentos de José Afonso da Silva:

Esse direito foi instituído pela EC-45/2004 mediante o acréscimo do inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição, para estatuir que a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [...] daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado. [...] (2008, p. 432).

O acesso à Justiça trata-se de requisito fundamental no sistema jurídico, este por sua vez, pretende além de proclamar os direitos fundamentais, garanti-los. O princípio do prazo razoável, como garantia constitucional, viabiliza a possibilidade de acesso efetivo à Justiça, possibilitando direitos à tutela jurisdicional tempestiva e efetiva (CARVALHO, 2006).

Desse modo, a luz dos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, tem-se que a violação ao princípio do prazo razoável fere também o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como diretamente a proteção judicial. Conforme colacionado abaixo:

[...] A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de

modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais (2008, p. 500).

O princípio do contraditório também se trata de uma garantia constitucional, a Constituição Federal faz previsão a tal garantia em seu artigo 5º, inciso LV. Assim, a todos é assegurado o direito de defesa. Como explana Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Constituição de 1988 (art. 5º, LV, da CF/88) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

As dúvidas por ventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, os processos judiciais ou administrativos (2008, p. 546).

Nessa mesma toada, temos os ensinamentos de José Afonso da Silva:

[...] quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve o princípio do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais [...] (2008, p. 432).

De outro vértice, destaca-se que a base do princípio do contraditório está na igualdade. Assim, poder-se-ia conectar o princípio do contraditório a aplicação da justiça, visto que o mesmo tem a função de proporcionar a igualdade de todos perante a lei (ROSAS, 1999, p. 46).

Neste norte, referindo-se aos princípios descritos e caracterizados como garantias constitucionais, ressaltam-se os dizeres de Alexandre de Moraes:

[...] A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito (2007, p. 28).

Desse modo, percebe-se que as garantias constitucionais também se compreendem em direitos. Apesar de serem consideradas meios de proteção dos

direitos fundamentais, as garantias, também fundamentais, caracterizam direitos. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade [...] (2003, p. 396).

Portanto, as garantias constitucionais são, também, direitos, ou seja, são a forma de exigir e proteger os direitos dos cidadãos. A garantia constitucional da duração razoável do processo encontra deficiências no sistema judiciário, entretanto, este se encontra em evolução. Quanto ao princípio do contraditório tem-se que a obediência a ele é imprescindível para a igualdade entre os litigantes e aplicação da justiça.

#### 4.2. ESPÉCIES DE CONTRADITÓRIO

Existem demandas judiciais que envolvem direitos fundamentais e que necessitam de respostas imediatas. Tais situações geram a concessão de medidas liminares “*inaudita altera parte*”, ou seja, anteriormente a qualquer manifestação da parte contrária.

Dessa forma, colecionam-se abaixo os tipos de contraditórios existentes com o intuito de se verificar a existência ou não de violação ao princípio do contraditório, já que o mesmo será em algumas hipóteses postergado.

O princípio do contraditório comporta mais de uma espécie, ou seja, existem formas variadas de aplicação do referido princípio, podendo ser garantido de forma plena, diferida ou eventual, como será explanado no decorrer deste tópico.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart o princípio do contraditório é fundamental, na medida em que a ele atribui-se a legalidade do processo, consoante se cola abaixo:

[...] se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação (2008, p. 409).

Partindo desta premissa, Ovídio Baptista da Silva fala da ordinaryidade que englobou o princípio do contraditório:

Dissemos que o sistema 'ordinarizou-se', eliminando a possibilidade de que haja eventuais decisões de mérito em provimentos liminares. Com efeito, é essencial ao procedimento ordinário o contraditório prévio, segundo o qual o juiz somente poderá julgar depois de ter ouvido ambas as partes, porque somente assim estará habilitado a 'descobrir a vontade da lei', apreciar o *meritum causae*, o que pressupõe 'cognição exauriente' dos fatos da lide (2002, p. 38).

No entanto, apesar da ordinaryidade aplicada ao princípio do contraditório, ele ainda é constituído de formas análogas. Abaixo serão abordadas as formas de contraditório.

O contraditório pode ser prévio, forma mais utilizada do princípio, que caracteriza-se pela defesa plena durante todo o processo.

[...] o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 27/28).

Tem-se, também, o contraditório diferido, que consiste na realização de defesa posterior. Como explica Humberto Theodoro Júnior:

[...] O devido processo legal, síntese geral da principiologia da tutela jurisdicional, exige que o contraditório, às vezes, tenha de ceder momentaneamente a medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo. Assim, no caso de medidas liminares (cautelares ou antecipatórias), a providência judicial é deferida a uma das partes antes da defesa da outra. Isto se admite porque, sem essa atuação imediata da proteção do interesse da parte, a eficácia do processo se anularia e a garantia máxima de acesso à tutela da justiça restaria frustrada. As liminares, todavia, não podem ser utilizadas senão em casos excepcionais, de verdadeira urgência, e não podem se transformar numa completa e definitiva eliminação da garantia do contraditório e ampla defesa. Assim, é que, tão logo se cumpra a medida de urgência, haverá de ser propiciada à parte contrária a possibilidade de defender-se e de rever e, se for o caso, de reverter a providência liminar. Dessa forma, não se nega o contraditório, mas apenas se protela um pouco o momento de seu exercício. Afinal, a solução definitiva da causa somente será alcançada após o completo exercício do contraditório e ampla defesa por ambos os litigantes (2009, p. 28/29).

Além disso, ainda existe o contraditório eventual, sendo uma forma de defesa autônoma. Tal espécie do princípio aplica-se na execução, quando já não se

está mais discutindo mérito, onde a atividade exercida pelo órgão jurisdicional é prática. Conforme leciona Ovídio Baptista da Silva:

A prova cabal desta asserção está em que nenhum desses venerados princípios é observado, numa importante e extensa porção do Código de Processo Civil. O processo executivo obrigacional sustenta-se no princípio do "contraditório eventual", ou seja, ao devedor executado o sistema não confere o mais mínimo direito de defesa. O demandado no processo executivo por quantia certa, se quiser impugnar o título executivo, terá de transformar-se em autor de uma demanda incidental. Não poderá, como demandado, defender-se (2009, p. 633).

Portanto, diante das espécies de contraditório acima demonstradas, evidencia-se que nas tutelas de urgência não ocorre violação ao princípio ao ser deferida a medida sem a oitiva prévia da parte contrária, pois será proporcionado posteriormente o direito ao contraditório.

Assim, considerando-se que a Constituição Federal não estabelece a garantia do contraditório de forma delimitada e, utilizando-se das espécies de contraditório apresentadas pela doutrina, há que ser proporcionado um resultado mais rápido e eficaz a quem necessita de uma medida urgente, sem, entretanto, ocorrer qualquer violação ao princípio em epígrafe.

### **4.3. REGRAS E PRINCÍPIOS**

Neste tópico pretende-se distinguir as tutelas urgentes (regras) de princípios, enfocando aqueles objetos deste estudo. Para tanto, abordam-se os princípios do contraditório e do prazo razoável. Tal diferenciação é muito importante, visto que se trata da base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais, encontrando-se nesse aspecto a solução dos problemas enfrentados quanto aos direitos fundamentais.

#### **4.3.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Primeiramente, abordaremos o conceito de norma, pois, para compreendermos regras e princípios faz-se necessário adotarmos a presente premissa.

No que pertine a conceituação de norma cola-se os ensinamentos de Robert Alexy:

[...] O conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. Isso não significa que a utilização do termo norma se restrinja à Ciência do Direito. Tal palavra tanto quanto outras a ela relacionadas como regra, mandamento ou preceito, são de uso corrente, não só na linguagem coloquial como também em outras ciências, como na Sociologia, na Etnologia, na Filosofia Moral e na Linguística. O emprego do termo “norma”, em todos esses âmbitos, é caracterizado pela variedade de sentidos com que isso ocorre, pela vagueza que o acompanha em todos esses sentidos e pelas disputas que sempre suscita, disputas que são intermináveis quando tal termo é empregado fora de seu uso mais óbvio (2008, p. 51).

Ainda, escrevem os doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Ultimamente, a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos (o dos princípios e o das regras) (2008, p. 283).

E, ainda, colam-se os dizeres de Robert Alexy:

[...] Tanto regras como princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (2008, p. 87).

Partindo dessa premissa, Alexandre de Moraes leciona sobre a importância da interpretação do texto constitucional, para se entender a norma jurídica:

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia (2007, p. 10).

Além disso, a distinção entre regras e princípios nos permitirá compreender melhor a estrutura das normas de direitos fundamentais. Consoante propõe Robert Alexy:

[...] Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da

fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nenhuma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente na dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. [...] (2008, p. 85).

Dessa forma, para a compreensão dos princípios e regras é imprescindível a realização de um estudo contextualizado sobre o tema, o que não poderia ser iniciado sem esta explanação prévia.

#### **4.3.2. DEFINIÇÃO DOS INSTITUTOS**

##### **4.3.2.1. REGRAS**

As regras são normas objetivas, definidas, ou seja, são taxativas, dizem o que é para ser observado e pronto. Não há no direito grandes problemas em relação a colisão de normas no âmbito das regras, visto que há determinações específicas quanto a sua aplicação. Como dispõem Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico (2008, p. 284).

Nesse mesmo sentido, entende José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo) (2003, p. 1255)”.

Acerca do tema, pontua Robert Alexy: “[...] as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas tem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. [...] (2008, p. 104)”.

Portanto, as regras tratam-se de determinações enfáticas, aplicadas direta e definitivamente.

#### 4.3.2.2. PRINCÍPIOS

Os princípios são normas que, vivem em conjunto, procuram estabelecer os direitos da melhor forma possível. Quanto ao tema em pauta, escreve José Joaquim Gomes Canotilho:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica (2003, p. 1255).

A respeito do tema acrescentam-se as palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. [...].  
Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras (2008, p. 284).

Discorrendo acerca do tema explica Robert Alexy:

[...] Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. [...] (2008, p. 104).

Logo, os princípios constituem-se em normas, que visam dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, resolver da melhor maneira possível os casos em que fazem parte.

### 4.3.3. DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A distinção entre regras e princípios é muito importante para a teoria dos direitos fundamentais. As características peculiares de cada um ajudarão a compreender os direitos fundamentais no sistema jurídico, como explanado anteriormente. Assim, escreve Robert Alexy:

[...] Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. [...] (2008, p. 85/86).

Como demonstrado anteriormente, as regras e princípios constituem-se em classes de normas. Assim, buscando distingui-las adota-se a linha de ensino de José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] as regras e princípios são duas espécies de normas; [...] a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas (2003, p. 1160)”.

Existem várias formas de distinguir regras e princípios, os critérios utilizados são: o grau de abstracção, o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, o carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, a proximidade da ideia de direito e a natureza normogénica (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

Dessa forma, registram-se os ensinamentos de Robert Alexy no que concerne ao critério da generalidade:

Há diversos critérios para se distinguir regras e princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. [...] (2008, p. 87/88).

No que pertine ao critério abordado, leciona José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de

abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida (2008, p. 1160)”.

Analisando o critério da determinabilidade na aplicação do caso concreto para a diferenciação entre regras e princípios, transcrevem-se os dizeres de Robert Alexy:

A determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas desenvolvidas -, o carácter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica (2008, p. 88).

E, ainda, destacam-se os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho:

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta (2003, p. 1160).

Por outro lado, distinguem-se regras e princípios tomando-se como base a fundamentalidade no sistema das fontes de direito. Nesse diapasão escreve José Joaquim Gomes Canotilho:

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito) (2003, p. 1160).

Tem-se, também, o critério da proximidade da idéia de direito. No que tange a esse tópico leciona José Joaquim Gomes Canotilho: “Proximidade da idéia de direito: os princípios são: Standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional (2003, p. 1160)”.

Além disso, cola-se o que leciona Robert Alexy quanto a natureza normogénica: “[...] Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento (2008, p. 88/89)”.

Ainda nesse sentido, transcreve-se as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho: “Natureza normogênica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante (2003, p. 1161)”.

Portanto, utilizando-se os critérios apontados acima é possível a construção de três teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios, segundo Robert Alexy:

A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. Isso seria perceptível, por exemplo, na possibilidade de que os critérios expostos, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinados da maneira que se desejar. Assim, não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a idéia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos. Some-se a isso o fato de que, isoladamente considerados, aquilo que esses critérios distinguem é algo extremamente heterogêneo. [...] A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que vêem no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. [...] (2008, p. 89/90).

No que diz respeito à terceira tese, destaca-se o critério da otimização dos princípios, não relacionado anteriormente. No entanto, trata-se de requisito fundamental na contextualização da terceira tese. Como se expõe abaixo.

Os princípios podem ser considerados mandados de otimização, pois são realizados da melhor forma possível, buscam atingir a máxima extensão que for permitida pelas normas fáticas e jurídicas envolvidas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 284).

Nessa mesma toada, quanto à caracterização do critério otimização dos princípios escreve Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por

poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (2008, p. 90).

E, ainda, sobre o assunto discorrem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Essa característica dos princípios de funcionarem como mandados de otimização revela-lhes um elemento essencial. Eles possuem um caráter *prima facie*. Isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima (2008, p. 285).

Para Robert Alexy a terceira tese, baseada no critério dos princípios como mandamentos de otimização, é a tese correta, uma vez que permite a distinção precisa entre regras e princípios, sendo uma distinção qualitativa, e não relacionada ao grau (2008, p. 90/91).

#### **4.4. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS DO PRAZO RAZOÁVEL E DO CONTRADITÓRIO**

##### **4.4.1. CONCEITO**

A discussão sobre o tema em epígrafe tem origem na aplicação dos direitos fundamentais, aborda-se até que ponto pode-se conceder uma tutela de urgência ou deixar de prestá-la, em virtude dos princípios do prazo razoável e do contraditório.

Assim, de ante mão, buscando contextualizar o assunto, cola-se os dizeres, bem como o questionamento abordado pelos doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco em suas obras:

As colisões de direitos fundamentais, bem assim os conflitos desses direitos com outros valores constitucionais, vêm despertando a atenção da mais

moderna doutrina. O assunto se entrelaça com a busca da compreensão do conteúdo e dos lindes dos diferentes direitos fundamentais. Que acontece quando duas posições protegidas como direitos fundamentais diferentes contendem por prevalecer numa mesma situação? (2008, p. 283).

Adentrando-se ao tema, encontra-se a discussão a respeito do que deve prevalecer: O direito fundamental de uma pessoa ou uma garantia fundamental de outra? Isto ocorre comumente quando se trata de direitos urgentes, e para tanto se pleiteia a concessão de tutelas de urgência.

A colisão de direitos fundamentais tem origem nos conflitos em que o exercício de um direito fundamental vai de encontro a outro direito, também fundamental (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 170).

Assim, ao conceder uma tutela de urgência, visando à proteção de direitos fundamentais em perigo está a limitar-se direitos ou garantias também fundamentais, da outra parte. Nesse contexto ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos. A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. [...] (2003, p. 1270).

Wilson Steinmetz, ao lecionar sobre o tema aponta igualmente aos doutrinadores acima citados, o significado de colisão de direitos fundamentais: “Há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular (2001, p. 139)”.

Destarte, a colisão entre direitos fundamentais consiste em um conflito direto entre os preceitos constitucionais fundamentais de uma determinada pessoa em detrimento aos de outra. Tal colisão entre os direitos fundamentais e o princípio do prazo razoável, observa-se claramente, na medida em que o judiciário não atende de forma rápida suas demandas, sujeitando as partes a uma longa espera. Todavia, quando há a concessão das tutelas de urgência, protege-se a eficácia do direito demandado, porém não se observa por total o princípio do prazo razoável.

As tutelas de urgência evidenciam-se como mecanismos de garantia de atendimento ao princípio do prazo razoável, pois, são as formas comumente utilizadas para obter um processo com resultados às partes, protegendo e concretizando um direito urgente.

Por outro lado, ao aplicar-se uma das tutelas de urgência preserva-se o direito fundamental de uma parte, entretanto, ao mesmo tempo posterga-se a defesa, o contraditório, também direito fundamental, de outra. Tal situação não compreende violação do princípio do contraditório, uma vez que este será permitido em momento posterior.

#### **4.4.2. MÉTODOS UTILIZADOS PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES**

A melhor forma para a solução das colisões entre direitos fundamentais seria a harmonização dos direitos conflitantes. A busca pela harmonização desses direitos pode também contar com a participação da doutrina e jurisprudência para alcançar um resultado melhor.

Como expõe Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: “Tarefa da doutrina e dos tribunais é traçar os limites que permitam o exercício harmônico daqueles direitos fundamentais colidentes, por mais difícil que seja a definição dos critérios para a solução da colisão (2007, p. 170).”

Com isso, seria necessário que fossem avaliados caso a caso, e no que envolve a concessão de tutelas de urgência para a proteção de direitos fundamentais em diminuição de outros direitos ou garantias também fundamentais, seria imprescindível a harmonização dos mesmos, para que fossem aplicados conjuntamente.

Por outro lado, a harmonização dos direitos em conflito nem sempre será possível. Logo, necessita-se de medidas para determinar como será resolvido o problema. Buscando esclarecer o problema suscitado, leciona José Joaquim Gomes Canotilho:

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflito deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro [...]. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nessas

condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro [...] (2003, p. 1274).

No caso de concessões de tutelas de urgência tais medidas geram prejuízo para a parte demandada, uma vez que não houve decisão final no processo e em razão da concessão das referidas medidas uma parte alcançará seus objetivos, mesmo que provisoriamente.

Nesse diapasão, destaca-se que as tutelas de urgência concedidas podem ocorrer sem a devida oportunização do princípio do contraditório a outra parte, o que certamente posterga a garantia constitucional.

Nessa toada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apontam as maneiras de solucionar os conflitos supracitados:

As principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas. Em primeiro lugar, a interpretação sistemática da Constituição, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. A segunda ferramenta é o critério da proporcionalidade [...] (2007, p. 171/172).

Acerca do tema em debate, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco doutrinam sobre a necessidade de participação do princípio da proporcionalidade na realização da ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados (2008, p. 285).

Dessa forma, utilizando-se da ponderação dos direitos e garantias fundamentais qual direito prevalecerá? A concessão de tutela sem que o demandado possa se defender prévia e plenamente ou o perecimento de um direito em razão da morosidade processual?

Nesse momento, entram em conflito os princípios constitucionais do prazo razoável e do contraditório, qual deveria sobressair-se ao outro?

Na aplicação do princípio da proporcionalidade acredita-se que os juízes tenham uma participação maior, podendo atuar com mais intensidade no campo legislativo das normas de direitos fundamentais. A seguir colam-se as palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Por essas razões a proporcionalidade é estudada com predileção e parece corresponder à atual postura de muitos integrantes do Poder Judiciário que consideram que o emprego de técnicas “abertas” de ponderação permite aumentar a intensidade de intervenção do Poder judiciário no campo das decisões legislativas sobre os direitos fundamentais, sem abdicar da necessidade de oferecer justificativas jurídicas (2007, p. 178).

Contudo, o juízo de ponderação acima exposto não é realizado apenas pelos juízes, tal prerrogativa cabe, também, ao legislador. Destaca-se abaixo:

Esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro. Na última hipótese, por exemplo, o legislador define quais as atividades que devem ser consideradas essenciais e, por isso, insuscetíveis de greve, realizando uma ponderação entre o próprio direito de greve e valores outros, como a saúde ou a segurança pública (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 286).

Desse modo, não existe um critério objetivo a ser utilizado, deve-se analisar cada caso a seu tempo, realizando, para tanto, o juízo de ponderação correspondente.

Diante do exposto, esta a se determinar que não existe uma solução específica, uma regra geral a ser aplicada. Não há uma determinação que mande empregar as tutelas de urgência em todos os casos, visto que não será respeitado o contraditório pleno da outra parte. Contudo, esperando o convencimento exauriente do juiz poderá restar violado o princípio do prazo razoável, que determina o aproveitamento dos meios disponíveis para garantir a parte um resultado eficaz do processo.

Como se extrai de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O exercício da ponderação é sensível à idéia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão.

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de uma precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro (2008, p. 285/286).

Por fim, há de se ressaltar a complexa solução para colisão entre direitos fundamentais, como visto acima. Todavia, estudando-se individualmente os casos envolvidos encontram-se saídas mais adequadas para a preservação dos direitos de cada parte, priorizando os direitos mais urgentes.

#### **4.4.3. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E SOPESAMENTOS DE NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL**

O presente trabalho busca estudar a problemática entre colisão de direitos fundamentais versus princípios fundamentais para aplicação em casos concretos. Tendo em vista o objetivo buscado debateu-se acerca do conflito entre direitos fundamentais.

No entanto, no presente tópico, tem-se como propósito enfatizar com praticidade o tema. Para tanto, serão analisadas normas de direito fundamental.

Robert Alexy aborda o assunto evidenciando que os princípios coexistem e que se avaliando concretamente o caso um pode se sobressair ao outro, entretanto, em caso semelhante pode ocorrer que ao invés de se ressaltar o mesmo, o outro se torne o mais adequado para a situação.

[...] Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, que nem o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que,

nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. [...] as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (2008, p. 93/94).

Portanto, afirma-se que não há princípio que sempre deverá se sobrepor aos demais. Em casos específicos pode determinar-se o emprego do contraditório prévio para depois averiguar as medidas urgentes, como também é possível em respeito ao prazo razoável conceder-se as referidas medidas de imediato procurando um processo célere e útil ao demandante, e após assegurar-se o contraditório de forma diferida.

Nesse diapasão, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco confirmam:

[...] No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro (2008, p. 284).

Aplicando-se os preceitos evidenciados, temos a caracterização do sopesamento:

[...] Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios. As diferenças são de caráter terminológico. Na decisão não se fala em colisão, mas de uma “situação de tensão” e de um “conflito”; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como “princípio”, mas como “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse”. Mas a caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível. Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito [...] e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física [...]. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. [...]. Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto [...] (2008, p. 95/96).

Desta feita, ao aplicarem-se tutelas de urgência para proteger direitos, deve-se, anteriormente, sopesar os direitos envolvidos e as consequências de conceder-se ou não o fazê-lo.

Por fim, completando a natureza principiológica acima exposta, necessário se faz enfatizar a determinação da lei de colisão. Como ressalta Robert Alexy:

Essa lei, que será chamada de lei de colisão, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores (2008, p. 99).

Portanto, a arte de sopesar é fundamental para a aplicação dos princípios de acordo com o caso prático em questão, resolvendo-se da melhor forma possível. A lei de colisão dos princípios serve como base para a teoria dos princípios, respeitando a todos por igual.

Por conseguinte, ao lidar com medidas urgentes, direitos e garantias fundamentais deve ser sempre sopesado os dois lados, ou seja, colocado na balança para ver qual se evidencia mais, caso não seja possível a harmonização entre eles.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou dirimir as controvérsias existentes na doutrina quanto à utilização de tutelas de urgência para assegurar a uma parte o resultado eficaz do processo.

No primeiro capítulo estudaram-se os direitos fundamentais como um todo, iniciando pelo histórico e explicando o surgimento desses direitos no mundo. Discorreu-se a respeito das dimensões de direitos fundamentais existentes, bem como os direitos compreendidos em cada uma delas.

Além disso, foi abordada a caracterização dos direitos fundamentais na legislação, e, ainda, descreveu-se os principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos à nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos.

Assim, os objetivos definidos para a fase inicial do trabalho foram alcançados. Pois, a finalização da primeira etapa do trabalho proporcionou uma contextualização dos direitos fundamentais, tanto na história, quanto no texto constitucional, fundamental para o decorrer do estudo.

Tratou-se no segundo capítulo das tutelas de urgência, nesta parte a pesquisa foi intensificada no sentido de definir os fundamentos, os pressupostos, as distinções e as previsões legais das medidas urgentes, classificadas por medidas cautelares e medidas antecipatórias.

O fim buscado nessa segunda parte foi atingido, visto que o alvo desejado era de acentuar a importância e a necessidade de aplicação das referidas medidas.

O terceiro capítulo enfocou o conceito e a natureza jurídica dos princípios do prazo razoável e do contraditório, estabeleceu as diferenças entre regras e princípios, definindo cada um dos temas. Explanou a respeito das colisões entre direitos fundamentais, definindo métodos para dirimir as colisões, e, ainda, situou as colisões entre os princípios abordados, deliberando acerca dos sopesamentos de normas de direito fundamental.

Na parte final do trabalho, o projeto traçado correspondia no entrelaçamento dos temas trabalhados nos capítulos anteriores; utilizando, para tanto, dos princípios norteadores do estudo, bem como das regras empregadas para solucionar os conflitos suscitados. Tal comparação concretizou-se no confronto das

tutelas de urgência e do princípio do prazo razoável com o princípio do contraditório, expondo-se as formas de resolução e aplicação nos casos práticos.

Portanto, com o estudo realizado evidenciou-se mais a importância da proteção aos direitos fundamentais, com o devido enfoque no aproveitamento das tutelas de urgência, como meios eficazes de promover a justiça.

No entanto, observou-se, finalmente, que devem analisar-se os casos individualmente e após sopesar-se, de um lado, a tutela de urgência, uma forma mais rápida e eficaz de proteger o direito material, correspondendo ao princípio do prazo razoável; já, de outro lado, o princípio do contraditório pleno, outra maneira de assegurar ambas as partes a garantia fundamental de defesa e manifestação durante todo o processo.

Então, no caso das tutelas de urgência a ordinariade do contraditório, onde se assegura uma cognição exauriente para o Magistrado, pode, excepcionalmente, ser substituída, sem qualquer mácula a Constituição Federal, pelo contraditório diferido, em atendimento ao princípio da duração razoável do processo.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 5 ed., 2008.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da Tutela** – Curitiba: Juará, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 19ª Ed. – PC Editorial Ltda, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Senado Federal: 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>, acesso em 09 de novembro de 2010a.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Promulgada em 11 de janeiro de 1973. Senado Federal: 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>, acesso em 09 de novembro de 2010b.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil**, v. 1 – São Paulo: Saraiva, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre os Direitos Fundamentais** – São Paulo, 2008.
- \_\_\_\_\_ **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- \_\_\_\_\_ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Editora Almedina – Coimbra – Portugal, 2003.
- CARVALHO, Fabiano. **Emenda Constitucional 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo**. Escola Paulista de Direito – EPD, São Paulo, 2006.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência: análise teórica e dogmática** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 16<sup>a</sup>., São Paulo, Saraiva, 1991.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil, 3: processo cautelar** – São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Marcos Vinícios Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar: volume 3** – São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência** – Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento** – v. 2, 7. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 23<sup>a</sup> Ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado** – 10 ed. – São Paulo: 2007.

\_\_\_\_\_ **Código de processo civil comentado** – legislação processual civil extravagante em vigor. 6ª Ed. RT 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da antecipação da tutela. Em reforma do Código de Processo Civil: coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enriquete. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 5ª Ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 31ª Ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, v. 3, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_ **Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento** – 7ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_ **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_ **Réquiem para a tutela preventiva. Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 629-645.

\_\_\_\_\_ **Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. Revista dos Tribunais**: São Paulo, v.91 n.801, p.30-43 jul. 2002.

STEINMETZ, Wilson, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Urgências de tutela** – Curitiba: Juruá, 2008.  
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência** – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo de conhecimento** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso avançado de processo civil, vol. 3: processo cautelar e procedimentos especiais** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela** – São Paulo: Saraiva, 1997.