

RODRIGO GONÇALVES RAMOS DE OLIVEIRA

**NEOCONSTITUCIONALISMO: A ANTECIPAÇÃO
DA TUTELA COMO MECANISMO DE
CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DA
TUTELA JURISDICIONAL**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes.

**Brasília
2011**

RODRIGO GONÇALVES RAMOS DE OLIVEIRA

**NEOCONSTITUCIONALISMO: A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA COMO
MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Dedico o presente trabalho aos meus familiares e amigos e àqueles que tenham afinidade com o tema desenvolvido.

Agradeço a Deus pela capacidade concedida para o desenvolvimento deste trabalho hercúleo e também ao Professor.

RESUMO

A necessidade de a sociedade ter seus direitos tutelados de forma mais célere, consubstanciou o fundamento desta pesquisa. Os aspectos do Neoconstitucionalismo irradiam suas premissas a todos os ramos do direito e, portanto, é preciso concretizar os direitos fundamentais, em especial o direito a tutela jurisdicional efetiva. Em razão disso, há a necessidade de ter instrumentos e técnicas processuais capazes de promoverem a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, cria-se o instituto da antecipação da tutela a qual é um dos pilares deste trabalho. Conclui-se, pois, que a antecipação da tutela judicial constitui um instrumento capaz de efetivar a pretensão do autor de modo a lhe entregar o direito pretendido, sem que esse pereça em razão da morosidade que assombra a prestação jurisdicional.

Palavras-chaves: NEOCONSTITUCIONALISMO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

ABSTRACT

The need for society to have their rights protected more quickly, embodied the foundation of this research. Aspects of Neoconstitutionalism radiate its premises to all branches of law and therefore we must achieve the fundamental rights, especially the right to effective judicial protection. As a result there is a need for tools and procedural techniques to promote the effectiveness of judicial assistance. Thus it creates the institute of advance relief which is one of the pillars of this work. We conclude, therefore that the anticipation of judicial protection is a tool capable of carrying out the intention of the author to give you the desired right without that perish because of the slowness that haunts the judicial assistance.

Keywords: NEOCONSTITUTIONALITY - FUNDAMENTAL RIGHTS - EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION - ANTICIPATED JUDICIAL PROTECTION

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	6
1 NEOCONSTITUCIONALISMO	9
1.1 ASPECTO HISTÓRICO	10
1.2 ASPECTO FILOSÓFICO	12
1.3 ASPECTO TEÓRICO	13
1.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2 A TUTELA JURISDICIONAL	20
2.1 O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	21
2.2 ASPECTOS DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	23
2.3 A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	26
3.1 CARACTERÍSTICAS	27
3.2 CONCEITO	29
3.3 FINALIDADE	31
3.4 REQUISITOS	31
3.4.1 REQUERIMENTO DA PARTE	32
3.4.2 PROVA INEQUÍVOCA	32
3.4.3 VEROSSIMILHANÇA	33
3.4.4 FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO	34

3.4.5 PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE	35
3.5 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	36
4 CONCLUSÃO	37
BIBLIOGRAFIA	40

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo apresentar uma perspectiva acerca da Tutela antecipada como mecanismo da tutela jurisdicional efetiva, partindo das premissas do Neoconstitucionalismo. A escolha do tema se deu devido ao estudo do Direito Processual ter sido influenciado pelas novas manifestações Constitucionais especialmente no que tange à concretização dos direitos fundamentais. Com isso, a opção por estudar o instituto da antecipação da tutela fazendo um paralelo com o Neoconstitucionalismo e a efetividade da tutela jurisdicional, culminando na seguinte questão: em que medida a tutela antecipada poderá garantir que a tutela jurisdicional seja efetiva, tendo em vista os aspectos do Neoconstitucionalismo?

No aspecto processual, há de se destacar que o processo tem respeitado a nova vertente constitucional (Neoprocessualismo) e, nesse sentido, tem-se pregado que a prestação jurisdicional deve ser efetiva.

Um importante instrumento introduzido no ordenamento jurídico foi a possibilidade de antecipação da tutela. Com a reforma realizada no Código de Processo Civil, a antecipação da tutela passou a constituir um novo instituto como aplicação de regra geral, inserida pela Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994 no art. 273 do Código de Processo Civil, cujo objetivo principal é garantir a efetividade na prestação jurisdicional, ou seja, busca-se garantir satisfação do direito seja eficaz; visa assegurar um resultado útil. É assim, pois, mecanismo de concretização da efetividade da tutela jurisdicional.

O instituto colacionado, então, valorizou o princípio da efetividade da função jurisdicional ao atribuir ao juiz o poder de deferir medidas típicas de execução mesmo no curso do processo de conhecimento. Esse tema se mostra relevante porque em muitas lides a justiça tem se mostrado limitada. A certeza do resultado pode, por meio da tutela antecipada, trazer para o início da ação a satisfação do bem pretendido evitando que ao final da sobredita lide a sentença não seja ineficaz, garantindo o resultado que se espera.

Nesse sentido, o tema escolhido se mostra de grande valia política, pois ampliará a visão acerca da criação de mecanismos que promovam maior eficácia ao acesso à justiça; no aspecto acadêmico, contribuirá para aguçar o pensamento e estudo referente aos mecanismos processuais que possibilitem uma justiça de fato efetiva.

Para se alcançar a sobredita justiça se faz necessária uma pesquisa ampla dentro da doutrina de modo a se buscar argumentos dessa concepção moderna do Direito Constitucional atrelada ao Processo civil. No aspecto teórico o trabalho se mostra bastante viável, uma vez que há estudos sobre o Neoconstitucionalismo, a tutela antecipada e a efetividade da tutela jurisdicional.

A nova concepção constitucional influencia o estudo do Direito Processual a partir dessa visão. A análise do Neoconstitucionalismo limitar-se-á a discorrer sobre os aspectos histórico, filosófico e teórico. Uma das premissas a serem abordadas nesse trabalho é a do reconhecimento da força normativa da constituição atrelada a uma breve exposição acerca da teoria dos direitos fundamentais para que se possa assimilar como os direitos fundamentais se relacionam com o processo. Faz-se necessário atentar para essa abordagem uma vez que a tutela jurisdicional é um direito constitucional implícito. Ou seja, o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta assistência, ampara bem como defende os direitos dos indivíduos.

Em consequência, o estudo do Direito Processual sofre a influência do Neoconstitucionalismo e passa a ser estudado sob o prisma constitucional. Nesse sentido, o estudo e a criação de regras processuais devem observar de maneira adequada o que expressa a Carta Constitucional, com o intuito que se concretize os direitos elencados através da criação de meios (instrumentos) para que tais direitos sejam de fato protegidos.

No primeiro capítulo a abordagem será específica sobre o Neoconstitucionalismo apresentando os aspectos histórico, filosófico e teórico, além de abordar notas propedêuticas da Teoria dos Direitos Fundamentais.

No segundo capítulo pretende-se discorrer sobre a tutela jurisdicional, tratando do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, bem como seus aspectos e como se dá a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais.

Porquanto, o terceiro capítulo trabalhará o instituto da antecipação da tutela, não com o intuito de esgotar esse tema de grande amplitude e já bem esgotado na doutrina. O que vislumbrar ao tratar desse tema é trazer uma abordagem convergente a fim de buscar uma conclusão para a questão apresentada inicialmente. E por isso, o que se abordará nesse capítulo é o seu conceito, suas características, finalidade, requisitos e suas hipóteses de cabimento para então atingir a garantia esperada do resultado. Analisaremos, de forma mais precisa, a tutela antecipada e suas correlações com os pressupostos do Neoconstitucionalismo.

Após exame de tudo que foi abordado, permitir-se-á compreender o Neoconstitucionalismo, possibilitando saber se a antecipação da tutela é um eficaz instrumento da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

A expressão *neo* representa algo novo, é uma acepção de mudança¹. A expressão Neoconstitucionalismo é utilizada por parte da doutrina para designar o estado do Constitucionalismo contemporâneo². Apesar de o prefixo *neo* transmitir a ideia de algo novo, não quer dizer que o constitucionalismo atual é substancialmente diverso daquele que o antecedeu³, o que se quer dizer é que há particularidades que se desenvolvem nessa nova teoria.

Não há como precisar um conceito exato e direto de Neoconstitucionalismo, posto que haja diversos conceitos. Porém, sua compreensão é representada com base nas características e nas mudanças provocadas por esse movimento de teorização e aplicação constitucional⁴.

Todos os conceitos referentes ao Neoconstitucionalismo ressaltam as características desse movimento e suas consequências. Portanto, Neoconstitucionalismo é um estágio atual da ciência jurídica; é uma transformação da concepção de direito constitucional. Para Samir José Caetano Martins Neoconstitucionalismo é: “(...) o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo garantístico e com pretensão à efetividade (...)”⁵.

O Neoconstitucionalismo pode ser analisado sobre três aspectos: histórico, filosófico e teórico⁶, entretanto, Paulo Comanducci analisa o Neoconstitucionalismo na perspectiva ideológica, metodológica e teórica⁷. Os aspectos histórico e filosófico denotam a trajetória de desenvolvimento dessa teoria.

¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007).

² SANCHÍS, Luiz Pietro. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 4.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. p. 83.

⁴ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 17*. Salvador.

⁵ MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros. *Revista CEJ*, v. 11, n. 36, p. 61-73, 2007.

⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007

⁷ COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 82.

Todavia, é sob o aspecto teórico que as características do Neoconstitucionalismo se desenvolvem.

1.1 Aspecto histórico

O Neoconstitucionalismo é uma teoria que se desenvolveu no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos abusos cometidos pelo regime nazifascista contra os cidadãos. Esses abusos feriram, assim, o mínimo da dignidade humana ainda existente e, diante disso, verificou-se a necessidade de criar direitos⁸ e garantias para proteger o cidadão contra as ações do Estado.

Por conseguinte, o desenvolvimento dessa teoria repensou a natureza da Constituição e sua influência sobre as instituições⁹. O Neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a Segunda Guerra Mundial¹⁰.

Essa teoria é verificada em Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separação dos poderes, mas que contêm essencialmente normas materiais que determinam o desempenho do Estado por meio da determinação de metas e objetivos¹¹.

Tais aspectos foram assimilados primeiramente na Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) sendo desenvolvidos na doutrina e em especial na jurisprudência originária do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Também teve o marco inicial na Itália e posteriormente em Portugal e Espanha¹².

No Brasil o marco histórico se deu com a promulgação da Constituição de 1988 a qual tratou de agregar normas fundamentais¹³. Além disso, o processo de

⁸ Esses primeiros direitos foram chamados de direitos de defesa ou direitos negativos, uma vez que constituíam abstenção do Estado.

⁹ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 9.

¹⁰ CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9.

¹¹ Idem. p.10.

¹² CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 9.

¹³ Preferiu-se utilizar o termo normas fundamentais para designar todas as expressões inerentes a direitos que buscam proteger a dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais; direitos

redemocratização, a discussão prévia dos aspectos e do conteúdo, bem como a convocação para elaboração da Carta Magna de 1988 constituíram fenótipos do Neoconstitucionalismo.

Essa forma moderna de pensar o Direito superou os métodos arcaicos a fim de que a aplicação do direito não ficasse engessada à concepção de institutos inadequados para resolução das adversidades da sociedade. Tem como objetivo fundamental preservar a condição humana (dignidade da pessoa humana) nas atuais relações sociais, políticas e econômicas¹⁴. Isso é resultado do Estado Democrático de Direito o qual constitui o alicerce do Neoconstitucionalismo.

Um dos principais eixos do Neoconstitucionalismo é a Teoria dos Direitos Fundamentais e a Força Normativa da Constituição. O Constitucionalismo contemporâneo revela, também, uma nova concepção da hermenêutica jurídica: o juiz ao interpretar a lei participa da construção do direito, superando a concepção de que o juiz era a “boca da lei”, sendo aquele que atuava no sentido concreto da lei¹⁵. Em outras palavras, o magistrado ao resolver a lide profere uma decisão em conformidade com a legislação, aplicando-a de forma criativa mediante a interpretação, adaptando a norma jurídica para justificar sua decisão¹⁶.

Indo no vetor processual, verifica-se que a efetividade da Constituição encontra no processo um mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. Ou seja, o Neoconstitucionalismo irradia seus pressupostos a todos os outros ramos do Direito; não se pode compreender os demais ramos, em especial o Processo, sem antes, buscar os fundamentos na Constituição¹⁷.

Nesse diapasão, a dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica aplicável a todos e em todas as relações, logo a necessidade de proteção dos direitos fundamentais se tornou um marco para o

humanos; direitos e garantias fundamentais; direitos e liberdades constitucionais; direitos e garantias individuais). É necessário ressaltar que para Robert Alexy, normas englobam princípios e regras.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 158.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 100. Ressalta o autor que a criação dessa norma jurídica não é a parte dispositiva da decisão, mas apenas a fundamentação da parte dispositiva. No mesmo sentido, Hans Kelsen, *Teoria Geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 217.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

Neoconstitucionalismo.

1.2 Aspecto filosófico

O aspecto filosófico, assim chamado por Luís Roberto Barroso¹⁸ e perfilhado por Eduardo Cambi¹⁹, é dividido por Comanducci²⁰ em dois eixos: ideológico e metodológico.

O Neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever os resultados do processo constitucional, mas encoraja a defesa e expansão do processo de constitucionalização do Direito²¹. Zagrebelsky compreende que, em sistemas democráticos e contemporâneos constitucionalizados, há uma conexão necessária entre Direito e moral, assim, o Neoconstitucionalismo ideológico tem-se mostrado propenso a entender que hoje pode sobreviver uma obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que lhes são conforme²².

O Neoconstitucionalismo metodológico se fundamenta precipuamente nas teses das fontes sociais do Direito e não há, necessariamente, conexão entre Direito e moral. Comanducci justifica a denominação metodológica como contraposição ao positivismo metodológico e conceitual que descreve o Direito como ele é e, portanto, não como o Direito deveria ser²³.

O positivismo tem como corolário as fontes sociais, além de verificar que não há uma conexão necessária entre Direito e moral. Todavia, o Neoconstitucionalismo Metodológico sustenta que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam o elo entre Direito e moral²⁴.

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, Escola Nacional da Magistratura*, a. I, n. 2, 2006.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

²⁰ COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análise metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 80

²¹ Idem. p. 82

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 118

²³ COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análise metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 86

²⁴ Idem. p. 87

Já o Neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever os resultados do processo constitucional, mas valoriza a importância dos mecanismos institucionais de defesa dos direitos fundamentais²⁵ e, nesse sentido, as atividades do Legislativo e do Judiciário estão diretamente ligadas à concretização, aplicação e garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, englobando, aqui, direitos implícitos e decorrentes dos direitos expressos²⁶.

Então, verifica-se que o positivismo constituiu uma explicação da norma e não aceitava a ideia de produção do direito ou de uma atividade normativa. Essa atividade normativa rompe com a ideia de lei genérica e abstrata, consubstanciando o pensamento de que o jurista não revela os desígnios da lei, mas orienta o curso de aplicação da norma jurídica aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais²⁷.

1.3 Aspecto teórico

O Neoconstitucionalismo, como uma teoria do Direito, aspira a descrever a constitucionalização, ou seja, o processo que levou a modificação dos principais sistemas jurídicos contemporâneos existentes.

Por conseguinte, o Neoconstitucionalismo é caracterizado pela força normativa da Constituição, por uma lista de posituação dos direitos fundamentais, pela diferença entre regras e princípios, e o desenvolvimento da hermenêutica jurídica²⁸, caracterizado pela técnica de *interpretação conforme* e da máxima eficácia.

Dizer que a Constituição possui força normativa é dizer que não se trata apenas de uma carta de intenções políticas, mas é composto de caráter jurídico

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

²⁶ COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo) constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). p. 85.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 47.

²⁸ COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo) constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). p. 83.

imperativo²⁹, em outras palavras, significa dizer que a Constituição impõe um dever que se propaga no mundo jurídico.

Isso se contrapõe ao que Ferdinand Lassale revelou ao dizer que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, uma vez que a Constituição é dotada de aspectos políticos. Todavia, Lassale cita que se a Constituição escrita não seguir “fielmente os fatores que imperam na realidade social” ela não teria valor e não seria durável. Para tanto, apesar de ter caráter político, a Constituição, para ele, não seria essencialmente política. Os anseios sociais na construção da Constituição constituem a essência da própria Constituição, logo, Lassale concluiu que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que regem este país, sendo esta a Constituição real e efetiva³⁰.

Para Konrad Hesse “a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”³¹. E quando se busca dar eficácia à normatividade da Constituição, esta adquire força normativa na medida em que a pretensão de atribuir eficácia se realiza³².

Para que haja um desenvolvimento seguro da força normativa da Constituição é necessário que ela considere os elementos sociais, políticos e econômicos ligados ao momento que a sociedade vive. Nas palavras de Konrad Hesse constitui requisito essencial da força normativa da Constituição a incorporação do “estado espiritual de seu tempo”. E “isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”³³.

Para se alcançar um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição é necessário, também, que a vontade dela seja manifestada e isso se dá por meio da interpretação, a qual tem “significado decisivo para a consolidação e

²⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, ano 1, n. 6.

³⁰ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Campinas: Servanda, 2010. p. 45.

³¹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128-129.

³² *Idem*. p. 130.

³³ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134.

preservação da força normativa da Constituição”³⁴.

Ao interpretar a Constituição, com fim de consolidá-la, o interprete deverá utilizar de critérios que favoreçam a integração social e a unidade política, para que a não desestabilize a condição do sistema jurídico. Consubstanciando a força normativa da constituição, ao aplicar uma solução aos conflitos é razoável considerar os aspectos históricos no sentido das normas, adequando-as ao momento social que se vive. Em decorrência disso, é preciso, paralelamente conceber máxima efetividade da norma constitucional, ou seja, é imperioso que se otimize a sua eficácia, mas sem alterar seu conteúdo, para que haja consagração da força normativa da constituição.

Outro princípio que é obrigatória sua aplicação na interpretação constitucional é o princípio da interpretação conforme a Constituição. Esse princípio é inerente ao controle de constitucionalidade e não há uma simples regra de interpretação, é com base nele que há escolha do significado que será dado as normas infraconstitucionais: se são constitucionais ou inconstitucionais. O que se visa com esse princípio é dirimir conflitos e buscar a solução mais adequada de acordo com o conjunto da Constituição³⁵.

Contudo, ao aplicar os princípios interpretativos e na tentativa de expor a força normativa da Constituição correria o risco de se deparar com a colisão de princípios ou conflitos de normas constitucionais. Para que, ocorrendo esse problema haja uma solução é necessário distinguir princípios e regras, pois é indispensável à concepção de efetividade da Constituição³⁶ e a tese da força normativa da Constituição.

Robert Alex afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – são mandamentos de otimização (compreendem as permissões e proibições); já as regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas, são

³⁴ Idem. p. 135.

³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. rev e aument. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105-107.

³⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, ano 1, n. 6

cumpridas exatamente como são exigidas – são determinações³⁷. Dworkin corrobora com esse entendimento explicando que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão³⁸.

Assim, ao analisar as regras elas devem ser vistas num caso concreto para perceber qual será a reação no caso de conflito entre regras. Porém, a aplicação do princípio deverá passar por uma ponderação para que se possa verificar qual é o princípio será mitigado em face do outro.

1.4 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente das características físicas e psíquicas humanas.

Uadi Lâmmego³⁹, diz que “sem os direitos fundamentais o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”. O processo histórico e a constante transformação e ampliação dos direitos fundamentais dificultam sua conceituação de forma imediata e sintética, visto que existem, hoje, diversas expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais⁴⁰.

Definem-se os direitos fundamentais como sendo direitos da pessoa

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 90.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 39.

³⁹ BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

humana, reconhecidos pela Lei Fundamental. É importante considerar que os direitos fundamentais não são criações exclusivas do Direito Constitucional Positivo⁴¹.

Como bem afirma Canotilho, “os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa⁴².” Nessa mesma linha, continua a expressar que os direitos fundamentais garantem a liberdade em si e não para qualquer fim.

Para Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos⁴³. Nessa condição, constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo a intromissão ilegítima dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁴⁴.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como declarações em determinado meio organizado politicamente, para satisfação dos anseios sociais: o reconhecimento da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Tomando como fundamento que os direitos fundamentais são mecanismos de garantia das necessidades humanas, há de se falar não apenas em direitos fundamentais em sentido formal, mas, também, em sentido material. Os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que estão inseridos no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição⁴⁵.

Entretanto, são admitidos direitos fundamentais não previstos no Título dos Direitos Fundamentais. Trata-se de direitos fundamentais em sentido formal e são chamados de fundamentais porquanto tratam da estrutura do Estado⁴⁶. Alexy expressa que essa fundamentalidade formal vincula o legislador, o Poder Executivo

⁴¹ PARDO, David Wilson de Abreu. *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

⁴³ Idem.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 74

⁴⁶ Idem. p. 75

e o Judiciário⁴⁷.

Os direitos fundamentais são ainda vistos em uma dupla dimensão: objetiva e subjetiva. Os direitos de ordem subjetiva são aqueles que contêm direitos de defesa do indivíduo contra o Estado; os de ordem objetiva estão relacionados à decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, além de fornecer parâmetros para a Administração, diretrizes para criação da legislação e fundamento para formação da jurisprudência⁴⁸.

Assim, Marinoni dispôs:

Afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Com efeito, como explica Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins⁴⁹.

Em outras palavras, o Direito processual deve adaptar-se às concepções do Neoconstitucionalismo, quer dizer, é necessária a criação de instrumentos que se adequem às concepções de justiça e aos direitos fundamentais⁵⁰. Não se pode olvidar que os direitos fundamentais representam as expectativas da sociedade e, portanto, são premissas que devem estar em todos os âmbitos, não apenas sob o aspecto da Justiça, ou melhor, sob o valor da Justiça, mas principalmente “o operar das instituições que se propõem traduzir este valor em termos de decisões que interferem na liberdade e no patrimônio das pessoas”⁵¹.

Desse modo, “o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 520.

⁴⁸ Idem. p. 524

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281> Acesso em: 08 jul. 2010.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 47.

⁵¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 105.

estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)”⁵².

Hodiernamente, os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, trata-se de direitos que têm sua aplicabilidade em virtude de cada fato concreto, posto possuam aplicabilidade imediata. Esse fato se dá em razão da axiologia principiológica que norteia os direitos fundamentais.

Ocorre que poderá haver colisão entre direitos fundamentais e com isso será necessária utilizar a técnica de sopesamento (ponderação). Na visão de Alexy, a inobservância aos princípios e regras é causa para o choque de pretensões, as quais se fundamentam nos direitos fundamentais. Identificar e distinguir essas duas estruturas que compõem a norma é essencial no estudo dos direitos fundamentais, além de ser norteadora da resolução da colisão entre os direitos fundamentais⁵³.

A colisão dos direitos fundamentais pode ser solucionada inicialmente se o intérprete constatar a colisão entre dois ou mais direitos fundamentais abarcados em uma determinada situação. Depois, se for constatada a colisão entre direitos, deve-se analisar a possibilidade de suprimir a aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro, procurando maximizar a efetividade do direito em questão, mas sem ocasionar prejuízo ao sistema de direitos fundamentais⁵⁴. O que ocorre aqui é semelhante ao que foi tratado no aspecto teórico.

Ocorre que pode ser que os direitos fundamentais sejam antagônicos entre si, mas na medida em que ocorre a ponderação dos seus princípios é encontrado o equilíbrio adequado⁵⁵. E assim, a concretização se torna apta uma vez que o sistema se torna harmônico.

⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11 ed. Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 27

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 95.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵⁵ ROCHA, César Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

2 A TUTELA JURISDICIONAL

Tutela jurisdicional é a cobertura que o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos⁵⁶. É, também, a atividade mediante a qual os juízes averiguam as pretensões e dirimem os conflitos de interesse⁵⁷.

Tal conceito decorre do fato de que, ao proibir a autotutela privada, o Estado assumiu o dever de tutelar adequada e efetivamente os conflitos. Compreende-se que o dever imposto ao indivíduo de se submeter à jurisdição não pode constituir-se em punição ou ônus.

Esse aspecto, como verificado, decorrente das premissas do Neoconstitucionalismo, deve irradiar por todo âmbito processual, uma vez que consiste como finalidade atribuir força normativa a Constituição por meio das técnicas de interpretação.

Com isso o que se busca é concretizar os direitos fundamentais

Vale ressaltar, que em um primeiro momento houve a necessidade de garantir o acesso à justiça: abrir as portas do judiciário para que os cidadãos (independente da classe social) pudessem ter direito a análise de ameaça ou lesão a direito. Isso se dá porque o acesso à justiça é o primeiro requisito fundamental de um sistema jurídico moderno em que se apregoa a democracia, logo é um direito fundamental imprescindível de um sistema jurídico moderno e igualitário⁵⁸. É, pois, aquilo que a Constituição de 1988 enfoca, corroborando com as teses do Constitucionalismo contemporâneo, mas especificamente sob o aspecto filosófico-metodológico.

Em decorrência da abertura judiciária, começou haver uma demanda exagerada, acúmulos de processos e conseqüentemente a falta de aparato estatal provocaram lentidão no provimento jurisdicional.

⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

⁵⁷ ROCHA, César Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

⁵⁸ CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.12.

Esse problema, decorrente do acesso à justiça, prejudicou a prestação jurisdicional que deve ser cumprida de modo eficaz e efetivo para que assim se tenha acesso à justiça efetivamente. Podemos considerar que a efetividade da prestação jurisdicional consubstancia o segundo requisito de um sistema jurídico moderno e ambos os requisitos (acesso à justiça e efetividade jurisdicional) consubstanciam as premissas do Neoconstitucionalismo.

Ter um provimento efetivo é uma necessidade antiga, mas a criação de instrumentos para se alcançar esse direito fundamental é atual, porque “uma Justiça que não cumpre suas funções em um prazo razoável de tempo, é, (...) uma Justiça inacessível”⁵⁹.

Elencando o raciocínio exarado sobre o aspecto teórico do Neoconstitucionalismo verifica-se que para existir uma Justiça acessível é necessário discutir as regras que definem técnicas processuais, porque estas servem às funções sociais.

No diapasão da formação das técnicas processuais cumpre discutir como os procedimentos processuais se adequam a concretização do direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional.

2.1 O direito à tutela jurisdicional efetiva

A tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental decorrente do direito ao acesso à justiça, que compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas que a prestação jurisdicional seja uma decisão justa capaz de gerar efeitos em um tempo hábil.

Cambi assinala que:

A supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal um importante alicerce teórico. Ao se incluir no rol do artigo 5º da CF a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 21

ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa).⁶⁰

Cabe aqui dizer o que é ser efetivo e, por conseguinte efetividade. Quando se diz que a jurisdição tem que ser efetiva, quer dizer que ela apresente a capacidade de produzir um efeito real, imediato. Por outro lado, efetividade é a qualidade do que é ser efetivo. Portanto, quando se diz que a tutela jurisdicional é efetiva, pretende falar-se que o provimento jurisdicional é efetivo, isto é, a resposta ao direito pleiteado deve ser alcançada em tempo hábil e útil de modo a garantir que o objeto da demanda não pereça no tempo. Convém destacar que intimamente ligado à efetividade está a eficácia.

Sendo assim, é de grande valia saber que eficácia é a capacidade da norma jurídica de gerar efeitos no mundo jurídico, logo, se o direito a tutela jurisdicional efetiva decorre da norma, sua real efetividade deriva da eficácia dessa norma que a concebe⁶¹, por conseguinte, a eficácia da tutela jurisdicional efetiva é a incidência da norma que a determina. E nesse sentido Miguel Reale definiu eficácia como a “aplicação ou execução da norma jurídica”⁶².

Pois bem, a efetividade da tutela jurisdicional por ser enunciada por uma norma e classificada como direito fundamental, verifica-se que para haver eficácia é necessário observar a sua incidência sobre toda a estrutura do Estado. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”⁶³.

Nesse sentido, cabe ao legislador criar mecanismos – procedimentos e técnicas – capazes de serem aplicados pelo juiz, utilizados pelas partes a fim de convergirem para concretização dos direitos fundamentais.

Não basta simplesmente concretizar os direitos fundamentais, mas é preciso fazer com que a Constituição tenha força normativa para que as técnicas

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, ano 1, n. 6.

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

⁶² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 1, 2005.

processuais criadas sejam eficazes a fim de conferir celeridade à prestação jurisdicional e para que se evite que elas sejam declaradas inconstitucionais.

Seguindo essa linha Marinoni, absorvendo os ensinamentos do direito alemão, assinalou que:

O encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual *de acordo* com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e também, para se evitar a declaração da sua inconstitucionalidade, o seu tratamento através das técnicas da interpretação *conforme* e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto⁶⁴.

Outro ponto que constitui entrave à efetividade da prestação jurisdicional são os procedimentos complexos e o formalismo exacerbado.

2.2 Aspectos da tutela jurisdicional efetiva

A prestação da tutela jurisdicional para ser efetiva necessita que a decisão favorável a uma parte seja capaz de entregar o bem da vida pleiteado no processo em um período de tempo razoável.

Para ter uma tutela jurisdicional efetiva é necessário que o legislador institua procedimentos e técnicas processuais adequadas, capazes de garantir a realização do disposto pelo direito material, inclusive para garantir a concretização de direitos fundamentais materiais. E para isso, é imprescindível que a formulação da técnica processual adequada esteja de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, portanto, deve haver a aplicação da interpretação conforme para que se evite uma possível inconstitucionalidade ou redução de texto⁶⁵.

Uma característica da jurisdição necessária para que ela seja efetiva, é essencial que a prestação seja eficaz, a fim de conferir ao vencedor da demanda o objeto da vida pleiteado em um tempo razoável⁶⁶.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 1, 2005.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ ROCHA, César Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

Em contrapartida, a efetividade da tutela jurisdicional não pode colocar em risco a segurança jurídica: elas devem, pois, ser paralelas. Logo, dois valores devem ser realizados no processo: segurança jurídica e efetividade da tutela. De nada adianta ter uma tutela efetiva que promova insegurança jurídica e vice versa. Para manter esse equilíbrio, é preciso estabelecer requisitos para os mecanismos de efetivação da tutela. Assim, em vez de mudar o problema de lugar, os dois valores se fazem um ao homenagear a justiça previsível e eficaz.

2.3 A proteção jurisdicional dos direitos fundamentais

A jurisdição deve estar vinculada aos direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe o dever de assegurar sua efetiva aplicação e deve orientar-se com base nos direitos fundamentais, seja nas relações entre os indivíduos e o Estado (eficácia vertical), seja nas relações estritas entre particulares (eficácia horizontal).

É necessário verificar a legitimidade das decisões do Judiciário, visando à correta aplicação dos direitos fundamentais aos casos concretos⁶⁷. Significa dizer que a aplicação do direito pelos órgãos judiciais pode resultar em afronta aos direitos fundamentais, mitigando a máxima desses direitos e causando prejuízos a sua concretização.

Os juízes e tribunais têm a obrigação de evitar que a falta de concretização constitua óbice à aplicação imediata dos direitos fundamentais. Os representantes judiciais não estão apenas obrigados a assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas estão, também, autorizados a remover as lacunas oriundas da falta de concretização⁶⁸.

O Judiciário pode e deve viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes, proporcionando a aplicabilidade imediata desses direitos. Contudo, a aplicação por esse Poder se limita a casos

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

concretos, pois, a Constituição prevê a separação dos poderes; se promovesse a aplicabilidade dos direitos fundamentais de modo geral, estaria o Poder Judiciário interferindo no dever do Poder Legislativo.

Como bem assinalou Cambi, as demandas coletivas têm proporcionado a possibilidade de o Judiciário dar efetividade aos direitos fundamentais. E hoje, em razão disso, o Poder Judiciário tem “estado no centro das atenções e das perspectivas da sociedade”⁶⁹.

Portanto, na falta de mecanismos que deveriam ser fornecidos pelo Legislativo para dar eficácia plena e aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, os interessados, na fruição desses direitos, podem reclamar ao Judiciário para que, no caso concreto, apliquem imediatamente a norma que assegura o exercício do direito mitigado, de modo a garantir a sua real concretização, garantindo, assim, a aplicabilidade imediata assegurada pela Constituição Federal.

⁶⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, ano 1, n. 6.

3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A necessidade de efetividade do processo consubstanciou a criação de instrumentos com a finalidade de diminuir ou, no melhor dos casos, extirpar a morosidade judiciária. Em razão disso, o particular tinha seu direito de acesso à justiça mitigado, uma vez que, em face da morosidade, os particulares mais fracos ou pobres acabavam por transacionar seus direitos para obter mais rapidamente uma parcela da totalidade do direito que provavelmente teriam ao final do processo⁷⁰.

Mas, mesmo que o acesso à justiça fosse amplo, o rito procedimental fosse o mais sumário e o Judiciário por mais eficiente que fosse, haveria um lapso temporal entre o pedido na inicial e a entrega efetiva e, por isso, muitas vezes, o autor não poderia dispor do seu direito desde logo ou, em outros casos, alguns acontecimentos colocariam em risco a execução de uma possível sentença confirmatória do direito⁷¹.

Daí, a pertinência dos ensinamentos de Calmon de Passos em relação ao processo de produção do Direito ao dizer que a construção do direito depende de uma realidade social⁷². E é por esta razão que houve a necessidade de criar um instrumento capaz de atender o anseio da sociedade e para apresentar uma solução adequada ao perecimento do direito decorrente da espera pelo provimento jurisdicional.

Com isso, em 13 de dezembro de 1994 foi sancionada a Lei nº 8.952, a qual inseriu o instituto da antecipação da tutela no ordenamento jurídico brasileiro, disposta no art. 273, do Código de Processo Civil, visando garantir a efetividade na prestação jurisdicional⁷³.

A antecipação de tutela teve a finalidade de poder eliminar a

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

⁷² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 93.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72.

morosidade do judiciário, problema esse que prejudica que o autor tenha sua pretensão analisada de forma célere em vista de um perigo iminente, de dano irreparável. Entretanto, tal instituto se aplica a casos específicos e para sua aplicação há pressupostos que são indispensáveis para que se alcance a plena consecução do objetivo estabelecido⁷⁴ coadunando com a ideia de uma técnica que está que está a serviço dos objetivos de concretizar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Tais pressupostos são requisitos necessários para que não haja uma banalização do instituto, bem como sua má utilização. Em um primeiro momento, poderia se pensar que os requisitos traduziriam óbices à concretização da finalidade desse instituto. Contudo, os requisitos são necessários para que haja eficiência do instrumento⁷⁵ e para que não se torne um ignóbil instrumento processual.

Para iniciar a análise do instituto é necessário discorrer sobre suas características antes de adentrar num conceito, porque o conceito é formulado com base nas características e a partir disso, será possível definir a finalidade e os requisitos para utilização desse instrumento.

3.1 Características

A técnica antecipatória possibilitou ao juiz, no curso do processo de conhecimento, deferir medidas típicas de execução, permitindo, mesmo antes da análise de cognição exauriente, a adjudicação do bem pretendido ou a preservação deste para que na sentença o bem a ser entregue seja útil à parte vencedora. Trata-se de uma tutela provisória de cognição sumária; é, pois, uma tutela satisfativa do que se busca ao final do processo com uma futura sentença.

A cognição é uma técnica utilizada pelo juiz para, “através de consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 265

⁷⁵ Idem. p. 265

las”⁷⁶. A partir disso, distingue-se cognição exauriente de cognição sumária, o que se quer dizer é que a análise cognoscível se processa no âmbito vertical, ou seja, a cognição exauriente é aplicada quando o estudo pormenorizado se der de forma mais profunda examinando detalhadamente todos os aspectos do processo: exposição dos fatos, direito, prova etc.; já a cognição sumária “é uma cognição superficial, menos aprofundada”⁷⁷ em relação à cognição exauriente.

Sucedo que a cognição sumária recai no instituto da antecipação da tutela e, por isso, poder-se-ia pensar num primeiro momento que este instituto teria natureza de medida cautelar e consequentemente concluir-se-ia que ambas (medida antecipatória e medida cautelar) apresentariam como característica a provisoriedade⁷⁸. Entretanto, o aspecto provisório se aplica apenas a antecipação da tutela, uma vez que a medida cautelar possui caráter temporário, como bem demonstrado a partir de um exemplo por Teori Albino Zavascki:

Terá, porém, natureza cautelar o eventual sequestro do bem litigioso, dado que o sequestro, isto é, a retirada do bem da posse do réu e sua entrega a um depositário, não é certamente situação que se pretende ver perpetuada, nem é providência compatível com as que decorreriam do cumprimento espontâneo da obrigação. É, isto sim, **mera providência para garantir a execução, tendo necessariamente caráter temporário**, isto, é, não sendo apta a converter-se em situação consolidada pelo advento da tutela definitiva. (grifou-se)⁷⁹

Por conseguinte, Zavascki explica o aspecto provisório da medida antecipatória:

(...) numa ação reivindicatória, **terá natureza antecipatória a medida que, no curso do processo, propiciar a retirada do bem da posse do réu para entregá-lo ao autor**, pois a transferência da posse seria uma das providências naturais do demandado que se dispusesse a, espontaneamente, satisfazer o direito reclamado. A consolidação da posse sobre o bem vindicado, **é no caso, providência coincidente com a consequência jurídica resultante do direito material, sendo, portanto, conteúdo da tutela definitiva**. (grifou-se)⁸⁰

⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 271.

⁷⁷ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005. p. 145.

⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 141.

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53

⁸⁰ Idem.

Posto isso, conclui-se que o valor que destaca na cognição exauriente é o da segurança jurídica, porque se apoia em juízos de certeza, de convicção; no caso da antecipação da tutela – tutela provisória de cognição sumária – a motivação é para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, fundada em juízo de probabilidade, de verossimilhança e de aparência⁸¹.

3.2 Conceito

Antes de adentrar em um conceito específico de antecipação da tutela é conveniente analisar a natureza jurídica desse instituto.

Poderia num primeiro momento pensar que a antecipação da tutela é semelhante ou tenha até mesmo natureza jurídica de medida cautelar por esses dois institutos possuírem características comuns e semelhança de identidade quanto à função constitucional que exercem.

Entretanto, as medidas cautelares e as medidas antecipatórias são “tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face da autonomia do regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador.”⁸²

Difere-se, pois, a medida antecipatória da medida cautelar no momento em que esta não deve antecipar a decisão sobre o direito material, uma vez que não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória⁸³. E, como dito anteriormente, a antecipação de tutela é uma medida de cognição sumária, que se efetiva mediante execução a fim de entregar ao autor a própria pretensão que provavelmente será alcançada na sentença⁸⁴.

⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33

⁸² Idem. p. 47.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103.

⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 523.

A medida cautelar é cabível nos casos em que a satisfação do direito não é urgente ou que sua execução esteja sob risco; é cabível para prevenir o interesse litigioso de dano imediato que poderá comprometer a eficácia da tutela definitiva a ser alcançada⁸⁵. Diferentemente da medida antecipatória que é cabível quando a satisfação do próprio direito é urgente, uma vez que a demora na sua fruição constitui grave dano⁸⁶.

Nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil a antecipação da tutela é uma medida em que o juiz antecipa “total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”.

Poderia se pensar que a concessão da antecipação da tutela constituiria um verdadeiro instrumento contra o direito fundamental do devido processo legal. Todavia, isso não é verdade, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos e como demonstrou Alexy⁸⁷, quando da existência de conflito de direitos fundamentais, deve ser necessário ponderar os valores.

O que se está em jogo ao aplicar a medida antecipatória é a valoração da efetividade da prestação jurisdicional, porque esta será concretizada se o bem pleiteado tiver utilidade para o autor. Não basta que a sentença de mérito conceda o direito, é necessário que haja mensuração do bem da vida pleiteado de modo a ser útil, e isso é justificado pelo princípio da necessidade. Se em um determinado caso não for concedida a antecipação da tutela para respeitar o devido processo legal (contraditório e ampla defesa) e no momento em que houver a decisão, o bem da vida pretendido poderia perecer.

Contudo, a antecipação da tutela pode ser conceituada como um instrumento de cognição sumária, com força executiva que visa a concretizar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva a fim de evitar o perecimento do direito ou do bem da vida pretendido.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 540.

⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

3.3 Finalidade

A tutela antecipada tem como finalidade ser um instrumento capaz de concretizar a prestação da tutela jurisdicional eficaz, célere, mas não apenas entregar o pretendido em um tempo curto, e sim ter por escopo da jurisdição⁸⁸ “afastar ou superar os obstáculos porventura opostos à efetividade da prestação jurisdicional”⁸⁹.

Ocorre que o instituto antecipatório visa a coibir o risco de lesão e nesse caso, é exercida a partir de um possível dano irreparável⁹⁰. Vale ressaltar que, a demora na prestação jurisdicional poderia causar uma injustiça desnecessária e por isso a tutela antecipada realizar um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente.

O aspecto Filosófico do Neoconstitucionalismo tem aplicação prática aqui já que a finalidade da antecipação da tutela é materializar a efetividade da jurisdição, e, portanto concretizar esse direito fundamental congruente a questão moral, reafirmando o que Zagrebelsky⁹¹ expressou.

3.4 Requisitos

Como já dito anteriormente, para que não haja uma banalização do instrumento da antecipação da tutela é necessário que se tenha requisitos ao aplicá-lo.

O art. 273 do Código de Processo Civil, na cabeça do artigo, dispõe dois requisitos essenciais que deverão ser observados e somados a outros requisitos de ordem alternativa dispostos nos incisos.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 177.

⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

⁹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 118

3.4.1 Requerimento da parte

Para aplicação da tutela antecipada é preciso que antes de tudo haja requerimento da parte, trata-se de um requisito de regime procedimental. É o que diz expressamente a cabeça do art. 273 do Código de Processo Civil: “o juiz poderá, a requerimento da parte” (...). E, nesse primeiro exame, é possível concluir que o juiz não poderá conceder a medida de ofício.

Outro ponto que merece destaque é o fato que a parte referida no dispositivo, é aquele que tem pretensão em juízo, ou seja, pode ser o autor da demanda, o reconvinte, o oponente, o substituto processual.

Também é possível nos casos de ações dúplices, porque a tutela definitiva, nesse caso, poderá ser conferida ao réu, desde que presentes os requisitos exigidos para que ele peça a medida antecipatória em seu favor⁹².

3.4.2 Prova inequívoca

Para se entender o que quer dizer prova inequívoca é necessário partir do pressuposto do que seja prova. Para Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart a definição de prova está ligada a ideia de um fato que demonstrado ao magistrado permitirá que ele tenha certeza sobre os eventos ocorridos⁹³.

Prova é, na definição de Houaiss, aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros⁹⁴. Diante desses conceitos é possível concluir que prova, no sentido aqui analisado, é o meio que se conhece um fato e é demonstrado para se formar um juízo de certeza sobre esse fato.

⁹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 525.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 8.

⁹⁴ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2009.

A partir disso, conclui-se que prova inequívoca é uma prova tão robusta que não se permite dúvidas, porém, isto não quer dizer que não pode ser impugnada. A prova inequívoca é uma comprovação do fato de modo tão visível, conclusiva que não permite probabilidade quantos aos fatos alegados. Em outras palavras, a prova inequívoca é suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado.

3.4.3 Verossimilhança

Outro requisito concorrente ao requisito da prova inequívoca é a verossimilhança. Diz concorrente porque ambos são necessários, imprescindíveis à concessão da antecipação da tutela.

A verossimilhança está ligada aos fatos, no sentido de que ao discorrer sobre determinado fato que, provavelmente, faz gerar um direito, o autor deverá de forma lógica detalhar esse fato divagando o nexos fático com as provas a serem apresentadas de modo a haver plausibilidade das alegações.

A verossimilhança por si só não constitui meio capaz de convencer o juiz e é, por isso, que o legislador optou por exigir necessariamente a presença de prova inequívoca que é por meio dela que se comprovará a verossimilhança, visto que a probabilidade da alegação será comprovada com uma prova robusta que possibilite se alcançar não uma verdade absoluta, mas uma verdade que se aproxime da incontestabilidade.

Poderia dizer que a verossimilhança guarda semelhança com o *fumus boni iuris* presente na medida cautelar, pois se trata de uma plausibilidade do direito. Mas a verossimilhança seria uma qualificação do *fumus boni iuris* porque se exige que os fatos examinados sejam tidos como fatos certos⁹⁵.

⁹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

3.4.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Além dos requisitos concorrentes, há ainda os requisitos alternativos dos quais é necessário que apenas um seja comprovado, após haver a demonstração da verossimilhança e a apresentação da prova inequívoca.

Para que se possa considerar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o temor de dano deve considerara real objetividade da ameaça que se traduz por atos e fatos e não por suposições; e deverá ser atual, ou seja, que a ameaça exista no momento em que se coloca em risco o direito e não haja ocorrido em tempo diverso e tenha desaparecido⁹⁶.

Ressalta Marinoni que a simples probabilidade da ocorrência de ilícito autorizaria a concessão da medida antecipatória, uma vez que a probabilidade de ilícito configura, por si só, a possibilidade de dano futuro⁹⁷.

Para Teori Albino Zavascki o risco de dano deve ser concreto não basta conjecturar um possível dano, não deve ser hipotético, deve, também, haver iminência de que o dano ocorra no curso do processo e, por fim, deve ser grave de modo que possua potencialidade de fazer perecer ou prejudicar o direito preiteado⁹⁸.

Contudo, a potencialidade do risco de dano está ligada a demora na prestação jurisdicional, porque a uma a morosidade em conceder um direito pode fazer com que o direito seja consumido durante o lapso temporal que se desencadeia até a decisão final; a duas porque ter um provimento jurisdicional que se dissipa no tempo é romper com todos os aspectos do Neoconstitucionalismo, em especial com os aspectos filosófico e teórico, além de constituir óbice à finalidade do próprio instituto da antecipação da tutela que é promover a efetividade da tutela jurisdicional.

⁹⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 109.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 155.

⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

3.4.5 Perigo de irreversibilidade

A tutela antecipada será concedida se for constatado que a concessão do pedido não haja perigo de irreversibilidade é o que dispõe o art. 273, § 2º do Código de Processo Civil: “Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Conceder a medida antecipatória sem que haja possibilidade de reversibilidade é antecipar a provável vitória do autor, além de antecipar a sentença em uma cognição sumária⁹⁹. O que seria totalmente incompatível com a finalidade do instituto, além de prejudicar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, porque esta decisão seria nula, uma vez que não se deu a oportunidade do exercício fundamental ao réu de exercer a ampla defesa e o contraditório e isso não apenas mitigaria o princípio da segurança jurídica, usurpá-la-ia do sistema jurídico.

Vale ressaltar que Nelson Nery diz que: “O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que podem ser irreversíveis são as consequências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os efeitos decorrentes de sua execução”¹⁰⁰. Diante disso, o juiz ao avaliar o pedido do autor para concessão da antecipação da tutela, deve ele interpretar o campo probatório a fim de evitar que o provimento antecipatório crie fato definitivo, sem possibilidade de regresso ao estado anterior.

Se assim não for haverá transferência do perigo de dano do autor para o réu e, conseqüentemente, essa situação seria desastrosa, colocando em risco toda uma ordem jurídica, inclusive o próprio instituto da antecipação.

Por isso, não é finalidade da antecipação da tutela transferir de uma parte para outra o risco da concessão do instituto, mas é simplesmente a de garantir que a prestação jurisdicional seja efetiva.

⁹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102.

¹⁰⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 529.

3.5 Hipóteses de cabimento da antecipação da tutela

Em um primeiro momento a antecipação da tutela seria cabível apenas quando tratar-se de sentença condenatória. No entanto, a doutrina entende que a técnica antecipatória poderá ser aplicada em qualquer espécie de sentença, seja ela declaratória, condenatória ou constitutiva, porque não é apenas na sentença declaratória que possa existir uma necessidade de proteção em decorrência de um comportamento que coloque em risco o direito do vencedor.

A antecipação da tutela permite que sejam realizadas as consequências concretas da sentença de mérito, justificada pelo princípio da necessidade e que se assim não for, importaria numa recusa da justiça célere e efetiva.

No caso da antecipação das sentenças condenatórias o que ocorre é a produção antecipada do efeito executivo da sentença de condenação, tornando viável o adiantamento da realização do direito afirmado pelo autor¹⁰¹.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe como tema o Neoconstitucionalismo como teoria que irradia seus pressupostos ao processo e, diante da necessidade social de obter uma prestação jurisdicional mais efetiva, chegou-se a seguinte problemática: que medida a tutela antecipada poderá garantir que a tutela jurisdicional seja efetiva, tendo em vista os aspectos do Neoconstitucionalismo?

A partir dessa questão, o trabalho discorreu sobre os aspectos do Neoconstitucionalismo, entendendo os seus pressupostos basilares como a teoria dos direitos fundamentais, da qual a efetividade da prestação da tutela jurisdicional se deriva, consubstanciado assim a teoria da força normativa da constituição a qual é o pilar do Neoconstitucionalismo.

Posteriormente, passou-se a explicar a tutela jurisdicional, ressaltando suas características, bem como se dá a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais e, nessa etapa conclui-se que é dever do judiciário promover a concretização desses direitos e do legislativo criar instrumentos capazes de concretizar os direitos fundamentais.

Com base nisso, o legislador inseriu o instituto da antecipação da tutela por meio da Lei nº 8.952/94. A criação desse instituto corroborou as premissas do Neoconstitucionalismo, uma vez que uma das finalidades da antecipação de tutela foi diminuir a morosidade do judiciário, promovendo uma prestação jurisdicional efetiva a qual é um direito, diga-se de passagem, fundamental.

A antecipação da tutela surgiu com o intuito de garantir a efetividade na prestação jurisdicional e é aplicada a casos específicos. Para tal, existem pressupostos os quais são indispensáveis para que se alcance a plena consecução do objetivo estabelecido coadunando com a ideia de uma técnica que está a serviço dos objetivos de concretização da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Como visto, o aspecto filosófico do Neoconstitucionalismo tem aplicação prática uma vez que a finalidade da antecipação da tutela é materializar a

efetividade da jurisdição, e, portanto concretizar esse direito fundamental congruente à questão moral, conforme afirmando Zagrebelsky.

Para aplicabilidade da tutela antecipada são necessários requisitos para sua aplicação. Para que se inicie o mesmo é necessário que antes de tudo haja requerimento da parte, o qual se define como um requisito de regime procedimental. Pode se definir como aquele que tem pretensão em juízo, ou seja, pode ser o autor da demanda, o reconvinte, o oponente, o substituto processual.

Outro requisito que deve ser observado é o da prova inequívoca que é uma comprovação do fato de modo tão visível e conclusivo que não permite probabilidade quantos aos fatos alegados. Em outras palavras, a prova inequívoca é suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado.

Também definido como requisito da antecipação de tutela, temos a verossimilhança, quesito este necessário, imprescindível à concessão da antecipação da tutela, bem como os demais supracitados. Está ligada aos fatos, no sentido de que ao discorrer sobre determinado dado que, provavelmente, gera um direito, o autor de forma lógica deverá detalhar se o dado apresentado tem nexo causal com as provas a serem apresentadas de modo a permitir plausibilidade das alegações.

Para a aplicabilidade desse instituto supracitado o legislador optou por exigir necessariamente a presença de prova inequívoca requisito pelo qual se comprovará a verossimilhança, visto que a probabilidade da alegação será comprovada com uma prova robusta que possibilite se alcançar não uma verdade absoluta, mas uma verdade que se aproxime da incontestabilidade.

Além dos requisitos concorrentes, há ainda os requisitos alternativos dos quais é necessário que apenas um seja comprovado, após haver a demonstração da verossimilhança e a apresentação da prova inequívoca

A tutela antecipada será concedida se for constatado que a concessão do pedido não haja perigo de irreversibilidade. O juiz ao avaliar o pedido do autor para concessão da antecipação da tutela deve ele interpretar o campo probatório a

fim de evitar que o provimento antecipatório crie fato definitivo, sem possibilidade de regresso ao estado anterior.

Então diante de tudo que foi exposto, conclui-se que a antecipação da tutela consiste em um instrumento hábil a concretizar a efetividade da tutela jurisdicional, tendo como parâmetros os aspectos do Neoconstitucionalismo.

Como todo instrumento, são necessários requisitos para que não haja banalização do instituto criado, nem tão pouco a sua banalização e, portanto, em última análise a efetividade da prestação da tutela jurisdicional tem como importante instrumento a antecipação da tutela antecipada.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A Antecipação da Tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do Direito e o direito da ciência"." *Revista Eletrônica de Direito*, n. 17, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito." a. I, n. 2, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo." *Panóptica*, v.2, n. 2 de 2007: 1-44.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

—. *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. rev e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11 ed. Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Campinas: Servanda, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. "A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamenal à tutela jurisdicional efetiva." *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, julho ano I, n. 1, 2005.

—. *Antecipação de Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

—. "O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais." *Jus Navigandi*. ano 8, n. 378 de julho de 2004. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais> (acesso em 08 de jul. de 2010).

—. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Samir José Caetano. "Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros." *Revista CEJ*, 2007, 36 ed.: 61-73.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. t. I vols. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, César Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. rev. atual. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.