

Coleção  
**Eduardo Espínola**

Jean Carlos Dias

**TUTELAS  
PROVISÓRIAS NO  
CPC E NA LEI DE  
ARBITRAGEM**  
Tutelas de urgência e  
Tutelas de evidência

3.ª edição  
Revista, atualizada  
e ampliada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## PRINCÍPIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 1.1. PRINCÍPIOS NO DIREITO.

O positivismo jurídico, em suas diversas vertentes, adotou como premissas algumas ideias que ganharam grande repercussão no século XX e alçaram a teoria a uma quase hegemonia em vários ambientes jurídicos.

As teorias positivas do Direito sustentam que as normas jurídicas apresentam-se unicamente por um único padrão que depende de reconhecimento estatal para sua aplicabilidade. Além disso, sustenta uma radical distinção entre o Direito e moralidade.

No século XX essas teorias foram amplamente adotadas pelos teóricos do Direito, em especial no Brasil, enfraquecendo-se, porém, a partir da segunda guerra mundial, até meados da década de 60 do século passado, quando Ronald Dworkin lançou o mais bem articulado ataque contra as teses positivistas.

Na formulação desse ataque Dworkin sustenta que o Direito contemporâneo é integrado por normas de diversas categorias e que, de início, a descrição que o positivismo adota é incompleta. Nesse sentido aponta que os sistemas jurídicos apresentam normas sob a forma de regras, princípios e políticas (*policies*).

São especialmente importantes para a concepção de Direito defendida pelo autor os princípios e regras.

As regras são normas produzidas pelo aparelho estatal e estão destinadas a regular a conduta humana, em geral, prevendo

sanções pelo descumprimento, sendo irrelevante seu conteúdo uma vez que sua obrigatoriedade deriva da autoridade do Estado e de seu reconhecimento pelos órgãos aplicadores.

Os princípios, na visão do autor, são normas que contêm uma “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>1</sup>.

De todo o modo, a preocupação nuclear é a de opor a categoria dos princípios à categoria das regras. Dworkin estabelece que o fator de distinção é de natureza lógica no sentido de que cada espécie fornece um tipo de orientação específica para uma situação que demanda decisão.

A orientação que as regras oferecem é de natureza excludente (ou nas palavras do autor, tudo-ou-nada) com isso quer dizer que, dadas as condições, as regras oferecem imediatamente uma solução que somente pode ser inteiramente acatada ou refutada, não comportando juízos parciais.

O conteúdo de uma regra pretende regular de forma completa a situação fática para a qual foi concebida, partindo, assim, de uma percepção de incidência mecânica entre o fato e a expectativa deontológica que ela incorpora.

Em sentido contrário, os princípios apresentam-se sob a forma de orientações do tipo “o melhor que se possa obter” não sendo assim suscetíveis de produzir imediatamente orientações do tipo tudo-ou-nada.

Além desse primeiro aspecto, as duas categorias divergem no que diz respeito à resolução de conflitos internos a cada categoria. Enquanto que o conflito entre regras será resolvido com a eliminação de uma delas, no caso dos princípios será necessário o recurso ao critério de relevância.

Pelo critério de relevância ou peso, admite-se que determinados princípios em um caso dado, podem ter mais importância que outros e por isso funcionar mais propriamente como base

---

1. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 36.

para uma decisão de “modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”<sup>2</sup>

Observa-se, assim, que na teoria de Dworkin princípios e regras embora sejam veículos de normas, de padrões de conduta são essencialmente diferentes quanto a sua forma de produção e aplicação.

Isso leva a uma percepção importante de que se é legítimo associar o direito à normatividade, o direito engloba tanto as regras como os princípios.

Com relação às regras não parece haver dúvida que sua natureza as coloca como programas claramente integrantes do sistema jurídico, posto que seu modo de atuação e formação está em estrita consonância com a incidência do código específico.

É preciso, contudo, ter em vista que em algumas situações as questões postas sob exame são simples porque podem dizer respeito apenas à pesquisa a respeito da incidência de certas regras ou porque não há divergência quanto a aplicação de um princípio, a esses podemos considerar – como Dworkin – casos fáceis.

No entanto, existem questões que não podem ser resolvidas pela simples aplicação de uma regra e que o recurso aos princípios é problemático porque não existe acordo acerca de qual princípio deva ser adotado porque não é clara a dimensão do peso, esses são os casos difíceis.

Observe-se, portanto, que para o autor existem aplicações de princípios aos casos difíceis que são mais acertadas que outras, ainda que o fator de reconhecimento seja pela plausibilidade argumentativa.

Dworkin a respeito do problema da dimensão do peso como regra de reconhecimento, argumenta que a dimensão do peso não determina um certo resultado (hierárquico) mas simplesmente aponta “que é possível fazer uma defesa persuasiva em apoio a

---

2. Levando os Direitos A Sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 43.

uma teoria em vez de outra, a respeito de como devem decidir nos casos difíceis.”<sup>3</sup>

Assim, diante de um caso o juiz deve decidir conforme a teoria mais acertada ou mais persuasiva adotando a orientação que ela sugere, não havendo assim em Dworkin respaldo para juízos arbitrariamente discricionários no que diz respeito às bases das decisões judiciais.

Pois bem, em síntese, Dworkin argumenta que as normas são compostas de princípios e regras e que estas categorias não se confundem, sendo os princípios decisivos porque em última instância são fundamentos axiológicos e interpretativos de todo o sistema jurídico.

Rejeitando o positivismo, Dworkin deriva a normatividade dos princípios da moralidade, portanto, não se filiando a clássica distinção entre a moral e o direito, fazendo, pelo contrário, com que os princípios em tal dimensão funcionem como cláusula de controle de aplicação das regras formalmente produzidas em um sistema.

A concepção dworkiniana de princípios, contudo, é muito ampla e abstrata, via de regra sendo aplicável para solução de casos de alta complexidade. Do ponto de vista dessa moralidade política, representada por esses princípios, muitas normas positivadas indicaram normas gerais que receberam a mesma denominação embora sejam regras de densidade distinta.

Na própria seção examinarei com mais vagar o tema, porque nosso Código de Processo Civil, elegeu um conjunto de princípios sistemáticos voltados para a interpretação e aplicação dessas normas.

## **1.2. PRINCÍPIOS DERIVADOS DO ORDENAMENTO.**

A teoria de Dworkin foi altamente impactante e levou a uma reformulação muito importante na Teoria do Direito, colocando em xeque a tradição positivista que rejeitava a dimensão que ele dava aos princípios.

---

3. Levando Os Direitos A Sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 96,

Na tradição positiva os princípios não eram considerados como normas autônomas em relação ao direito positivo, mas como generalizações derivadas do estudo de normas contidas em regras produzidas pelo aparelho estatal.

Essas ideias não foram totalmente superadas e muitos autores<sup>4</sup> contemporâneos de viés positivista procuram ainda hoje absorver a crítica de Dworkin redefinindo o papel dos princípios.

Em função disso, vários textos normativos no Brasil adotaram a perspectiva de matiz (neo)positivista de fazer inserir em seu corpo uma enunciação de princípios que deve ser utilizada como recurso interpretativo.

Esse expediente reconhece os princípios e sua generalidade, mas como se sua normatividade dependesse na previsão legal, o que evidentemente não encontra respaldo na concepção de principio dworkiniana.

Esse introito é importante porque o Código de Processo Civil, adotou essa perspectiva ao admitir a incidência de princípios, em alguns casos de maneira explícita, obviamente não no sentido dworkiniano, mas sim por um viés positivista, o que é importante para compreendermos corretamente a nova norma e sua aplicação.

Nesse sentido, embora o texto represente uma evolução do ponto de vista procedimental, mantém em larga medida as bases teóricas do direito processual brasileiro ao conservar os princípios positivados que já informavam o texto anterior.

### **1.3. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS DERIVADOS DO ORDENAMENTO.**

O problema da definição dos princípios não é novo e tem tomado bastante tempo e esforço doutrinário no sentido de ex-

---

4. Neil Maccormick e Joseph Raz, por exemplo, ainda que por estratégias distintas. quanto a este ultimo ver meu “o positivismo de Joseph Raz: uma introdução” in O Pensamento Jurídico Contemporâneo. DIAS, jean carlos. (coord). São Paulo: Método. 2015.

plicar sua natureza, função e posição no ordenamento jurídico, entendido não apenas como conjunto legal, como também, um complexo que envolve normas de diversas naturezas e alcances.

No sistema pós-positivista, os princípios passam a se constituir na base sobre a qual o ordenamento se assenta, passando a exercer “a hegemonia axiológica” que os caracteriza nos modernos ordenamentos jurídicos.

Os princípios incidem sobre todo o sistema jurídico, aplicando-se genericamente a todos os problemas em que há incidência potencial da normatização. Nesse exato sentido, os princípios desempenham diversas funções no campo da juridicidade.

Na função fundamentadora tornam-se instrumentos de integridade de todo o sistema, sendo um meio de garantir a sua higidez e adequação operativa.

Sua segunda função é a de orientar o trabalho interpretativo, oferecendo-se como instrumentos de coerência na aplicação do ordenamento.

E a terceira função seria a de atuar como efetivas normas jurídicas, objetivando a projeção comportamental dos jurisdicionados e do próprio Estado, em certas situações de lacunas, conflitos de normas ou imprevisão legal.

Esses princípios mais particulares são, em certa medida, desdobramento dos princípios de moralidade mais amplos, muitos deles não enunciados em nenhum texto normativo mas sistematicamente aplicados pelos órgãos decisores.

Existem também princípios no sentido dworkiniano que estão registrados na Carta Constitucional.

Na seção seguinte analiso os princípios que dão suporte às tutelas de urgência e que devem ser invocados para busca a correta interpretação e aplicação dos institutos previstos no Código de Processo Civil.

## 1.4. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS TUTELAS PROVISÓRIAS.

### a) O acesso à Justiça efetiva.

As tutelas provisórias abrangem no Código de Processo Civil, as tutelas de urgência e as tutelas de evidência.

As tutelas de urgência, desde a sua estruturação no nosso sistema processual anterior, tem estado recorrentemente amparadas pelo princípio do acesso à justiça, funcionando como um sistema de técnicas que devem ser prestigiadas para garantir a efetiva tutela de direitos.

Isso está contido na correta interpretação do art. 3º do Código de Processo Civil que, adotando a cláusula de conexão com o sistema constitucional ratifica, no plano legal, a garantia constitucional.

O processo exterioriza essa perspectiva, quando realmente é capaz de tutelar os direitos reconhecidos pela ordem jurídica, de forma a assegurar, adequadamente, o sentido de dignidade das pessoas envolvidas no conflito.

A bem da verdade, a autonomia científica do Processo não só levou a uma evolução significativa quanto à sistematização das formas de atuação da Jurisdição, mas também gerou um descompromisso com a efetividade da tutela pretendida.

Diante disso, o processo passou a ser visto apenas como um modo mecânico de atuar em relação a uma determinada ação estatal, vendo-se como uma técnica de produção de decisões, fossem elas efetivas ou não.

O caminho crítico tem que ser trilhado de forma a reconhecer o “*impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios*”, como bem aponta Cappelletti<sup>5</sup>.

---

5. Cappelletti, Mauro, Garth, Brian. Acesso À Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.

Isso quer dizer que é preciso pensar o processo do ponto de vista da real possibilidade de tutela dos interesses em conflito, por meio dos instrumentos formais que o integram.

O resgate, portanto, centra-se na ideia de que o processo é, por definição, um instrumento comprometido com um resultado social, prático e operacional na vida das pessoas envolvidas, sem se despir, no entanto, de determinados meios que exercitam o controle sobre o exercício da atividade jurisdicional.

Tal posição é defendida por Couture: “O processo é um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realização do direito”<sup>6</sup>. O processo, como direito fundamental, tem uma finalidade material. Ele não pode ser visto de outra forma que não, a destinada a tutelar os direitos.

Essa busca, pela efetiva tutela de direitos, não é localizada no campo do estudo do processo no Brasil. Ao invés, é um fenômeno amplamente reconhecido na doutrina estrangeira, como pontua Junoy:

*La ideología social, emergente en el presente siglo, lleva consigo en Europa el fenómeno de la ‘socialización’ del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos<sup>7</sup>.*

Posta a questão dessa forma, conclui-se que a tutela jurisdicional não se exaure com uma decisão, de natureza unicamente

- 
6. Couture, Eduardo J. Introdução Ao Estudo Do Processo Civil. Rio De Janeiro: Forense, 2001. p. 46.
  7. “a ideologia social, emergente no presente século, traz consigo da europa o fenômeno da socialização do processo civil que com o objetivo de incorporar aos clássicos princípios do liberalismo determinadas exigências do estado social de direito manifesta a distinção entre objeto do processo e processo como um instrumento idóneo para obter a efetiva e real tutela por parte do estado dos interesses litigiosos”. (Pico I Junoy, Joan. Los Principios Del Nuevo Proceso Civil Español. Revista De Processo. São Paulo: Rt, n. 106, 2001. p. 59)

processual, proferida pelo Juízo, mas sim, a partir do momento em que aquela decisão torna-se realmente capaz de conferir às partes a utilidade que buscavam.

A concreta tutela jurisdicional, assim, sublima o âmbito puramente processual para ganhar efeitos práticos na vida das pessoas envolvidas, promovendo a efetivação do direito da parte que logrou o reconhecimento judicial de sua pretensão.

Nessa direção, aponta Theodoro Júnior: “Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda **in concreto** o direito subjetivo das partes, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional”<sup>8</sup>.

Quando há o oferecimento de uma decisão definitiva, temos a prestação jurisdicional, mas, quando se concretiza na vida da parte, o que naquela decisão está exposto e decidido, tem-se a tutela jurisdicional. Vê-se que a prestação opera no campo da processualidade, enquanto que a tutela age no campo da realidade.

A direção desse argumento é recolocar o processo como meio realmente eficaz na conferência de direitos e na sua tradução prática à vida das pessoas litigantes. Qualquer outro sentido ao processo retira-lhe sua aptidão teleológica, para se constituir no meio de eficaz ação da Jurisdição Política e, assim, comprometida com a garantia da dignidade da pessoa humana, reconhecida como pauta ética a ser observada pelo processo em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, como expressava Bedaque, “tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado”<sup>9</sup>.

É fundamental ter em vista que o processo, enquanto meio de exteriorização do poder político jurisdicional, possui como

---

8. Theodoro Júnior, Humberto. Tutela De Urgência. Rio De Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 3.

9. Bedaque, José Roberto Dos Santos. Direito E Processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 25.

inerência a real aptidão para a produção de efeitos materiais concretos.

O processo, legitimamente relacionado ao poder político jurisdicional, “*precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito*”<sup>10</sup>.

Logo, o processo, pela ótica jurisdicional, tem de ser encarado como um sistema de atos, formas e procedimentos, realmente capaz de gerar efeitos práticos na vida das pessoas, uma vez que reconhece os seus direitos.

O Código de Processo Civil procura enfatizar esse aspecto ao prever explicitamente no art. 4º que a atividade satisfativa, isto é, a tutela efetiva dos direito é direito garantido às partes.

Do mesmo modo o art. 8º ao enumerar os princípios legais que regem o processo prevê também a eficiência, de modo, que devem ser tomadas as medidas judiciais capazes de garantir o resultado útil perseguido que também remete ao conceito doutrinário de tutela jurisdicional efetivo como sinônima de acesso pleno a justiça.

As tutelas provisórias são em suas duas modalidades – urgência e evidência – estruturadas para garantir o resultado útil do processo, ainda que por um traçado técnico distinto.

#### **a) Duração razoável do processo.**

O art. 4º do Código de Processo Civil estabelece no plano legal o já consagrado direito fundamental à duração razoável do processo como princípio a ser perseguido na atuação jurisdicional.

No campo das tutelas provisórias o enfoque da duração razoável está centrada no que dispõe o art. 4º do Código de Processo Civil ao estabelecer que as partes tem direito à solução integral do mérito, que abrange a solução satisfativa.

---

10. Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 365.

Desta maneira o critério temporal para avaliar a duração razoável é definido não se modo abstrato, mas sim tendo por foco a realização concreta e no plano fático dessa solução. Logo, a obtenção do resultado prático é o norte para a definição da duração razoável.<sup>11</sup>

Naturalmente, quando se tem em vista que a satisfação dos direitos é o núcleo dessa garantia, todas as medidas que direta ou indiretamente possam garantir ou perseguir esse resultado se constituem em instrumentos da duração razoável.

Nesse plano, as tutelas provisórias, são ferramentas extremamente significativas de proteção à efetividade dos direitos deduzidos em juízo porque tanto podem se apresentar como técnicas de combate aos efeitos deletérios do tempo sobre o processo, e, assim, sobre a pretensão, como também tem a aptidão para reconhecer e propiciar a fruição de direitos em função da sua evidência nos termos definidos pela Lei.

A duração razoável, assim, vista sob a ótica da fruição efetiva dos direitos no plano fático, exige as tutelas provisórias como uma rede de institutos organizada para a concretização desse princípio.

Logo, combater o risco de ineficácia dos provimentos judiciais implica claramente em reforçar a busca por duração razoável se mantemos a perspectiva que o processo deve durar apenas e o estritamente necessário para produzir os resultados fáticos decorrentes do acerto dos direitos.

O princípio da duração razoável também concorre para a substancialização do regramento das tutelas provisórias ao garantir que os direitos evidentes possam desde logo ser protegidos, ou seja, possam desde logo ser fruídos pelo titular que tem a sua disposição um plexo de providencias satisfativas visado esse objetivo.

Trata-se, assim, de um princípio que fundamenta a regulação das tutelas provisórias e que tem um inequívoco apelo no sentido

---

11. Bastos, Antonio Adonias. A razoável duração do processo. Salvador Juspodivm. 2009. P. 45

de garantir a preservação da efetividade das decisões judiciais e dos títulos aos quais a lei confere força executiva.

### **b) Boa-fé objetiva.**

A respeito da boa-fé objetiva explanei em outra obra<sup>12</sup>:

O princípio da boa-fé vem sendo sistematicamente reconhecido no âmbito do direito material, sobretudo na regulação das relações privadas regidas pelo direito comum, contudo, não se trata de norma que se limite a esse âmbito. Desde o direito romano a boa-fé tem sido entendida como o fundamento essencial das relações jurídicas e da validade da sua exteriorização. Isso, obviamente, foi incorporado também às legislações processuais. O CPC de 1973 buscava tutelar a boa-fé sem enuncia-la explicitamente, mas pelo combate a litigância de má-fé com um viés repressivo e, por isso, voltado essencialmente às partes. O Novo CPC deu uma amplitude claramente diversa. Primeiro porque positivamente a reconheceu como princípio desse sistema normativo, portanto, a impondo como fundamento interpretativo de todos os institutos regulados, como porque a endereçou a todos os sujeitos processuais especialmente ao juiz na qualidade de agente estatal da jurisdição. Não por acaso o atual art. 5º do NCPC estende o dever de boa-fé a qualquer sujeito processual sob a locução “aquele que de qualquer forma participa do processo” dando, portanto, ampla incidência subjetiva ao princípio. Isso representa uma inovação relevante porque a boa-fé se apresenta como um princípio que deve controlar, também, a interpretação e aplicação judicial do sistema e colocando-o sob o dever de justificar suas condutas. A boa-fé disciplinada no Código é a objetiva, isto é, os sujeitos processuais terão suas condutas e não suas intenções interpretadas sob a luz desse princípio. Em outras palavras, a vontade

---

12. Dias, Jean Carlos... [et al.]. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. P. 25.

é irrelevante para a configuração do atendimento a boa-fé o que a caracteriza é o ato ou ação levado a efeito. Tradicionalmente, e desde o direito romano, o estudo da boa-fé tem enunciado um conjunto de condutas que se consideram como violadoras desse princípio. Trata-se de um estudo claramente exemplificativo, pois podem haver condutas que dependendo de fundamentação podem ser consideradas de má-fé ainda que não inseridas nesse elenco construído no decorrer do tempo.

Vale dizer que a tutela de evidência em razão da constatação do abuso do direito de defesa pode ser amplamente justificado sob a ótica da boa-fé tendo por pano de fundo o dever de mitigar danos.

#### **d) Princípio da cooperação.**

O princípio da cooperação representa uma enorme mudança do paradigma da atuação judicial como resultado da incorporação ao nosso sistema legal de perspectivas desenvolvidas no direito estrangeiro, sobretudo, no processo civil alemão.

Em outro estudo analisei que<sup>13</sup>:

O atual dispositivo, portanto, promove uma substancial evolução em relação ao regime legal anterior ao incluir o juiz no dever de cooperar com as partes em busca de uma decisão efetiva e justa. Por isso o dispositivo inicia com a expressão “todos os sujeitos do processo” para claramente alcançar o titular do exercício da jurisdição. Nesse exato sentido a cooperação deixa de ser uma recomendação para se impor como princípio do sistema processual capaz de regular a atuação de todos os sujeitos no decorrer do procedimento. O princípio da cooperação, assim, alcança as partes, mas, principalmente, é endereçado ao magistrado ao lhe prescrever condutas e, assim, modular o exercício da jurisdição em cada caso concreto.

---

13. Dias, Jean Carlos... [et al.]. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. P. 27.

O princípio da cooperação assim, reestrutura a relação do juiz para com as partes lhe sendo imponível quatro deveres básicos<sup>14</sup>:

a) Dever de esclarecimento, b) Dever de consulta – decisões surpresa (art. 9º.), c) Dever de prevenção e d) Dever de auxílio. O dever de esclarecimento estabelece a obrigação funcional do juiz em deixar absolutamente claras e compreensíveis suas decisões, suprindo toda e qualquer informação adicional necessária para tanto. Vários dispositivos do Código apenas desdobram esse dever de modo a induzir o magistrado a dialogar de forma eficiente com as partes para que as suas decisões sejam entendidas e, por isso, cumpridas. É exemplo de derivação desse dever o art. 321 que ao regular a emenda da inicial determina ao magistrado, em função do princípio da cooperação, que indique com precisão o que deve ser corrigido. O dever de consulta, por sua vez, determina que o juiz observe o contraditório prévio antes de proferir qualquer decisão que implique em risco de prejuízo processual a qualquer das partes. Há aqui, um fortalecimento do contraditório como direito fundamental necessário à validação de decisões potencialmente lesivas às partes. Com isso, se estabelece uma linha de comunicação contínua entre os sujeitos processuais de modo a obter a solução mais adequada e eficaz para cada momento processual. O dever de consulta, também possui inúmeros desdobramentos em dispositivos no Código, o texto do art. 9º é esclarecedor ao impedir que as decisões sejam proferidas mediante um protagonismo judicial descompromissado com o direito fundamental ao contraditório. O dever de prevenção implica no dever judicial de alertar as partes quanto a defeitos ou irregularidades no exercício das faculdades processuais do ponto de vista da adequação tendo por pano de fundo a efetividade. Integra, por fim, o princípio da cooperação o dever de auxílio. Ao analisar

---

14. Dias, Jean Carlos... [et al.]. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. P. 28.

esse dever Didier<sup>15</sup> estabelece como premissa que se deve interpretar esse dever de forma restritiva para evitar que a atividade judicial acabe por impactar na representação técnica por advogado.

Trata-se, assim, de um novo sistema de relações com sérias implicações no âmbito das tutelas provisórias em que a interação entre as partes e o magistrado é fundamental para possibilitar um resultado útil ao processo.

### **e) Princípio da Fundamentação das decisões judiciais.**

No novo sistema a fundamentação foi amplamente destacada como num dever do juiz, mas também como um compromisso efetivo com a legitimidade do processo enquanto veículo para solução de conflitos.

Assim, a própria condição de validade da decisão judicial depende do cumprimento dessa exigência:

“O Novo Código em consonância com a Constituição Federal estabelece que a ausência de fundamentação implica na nulidade da decisão. Chama especial atenção que a norma legal exige fundamentação em todas as decisões judiciais. Vale especial referência que a motivação foi tratada de forma bastante distinta na nova legislação, em especial, quanto ao uso e aplicação judicial de conceitos juridicamente indeterminados que estruturam os requisitos para a concessão das tutelas provisórias, tanto de urgência quanto de evidência. A impropriedade de fundamentação na identificação desses requisitos no novo sistema implica necessariamente na anulação da decisão como examinaremos melhor nos capítulos seguintes. O que é preciso registrar é que há um ganho substancial de segurança e efetividade com o consórcio das novas técnicas de fundamentação com os demais princípios e com a

---

15. Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual. V. 1. Salvador: Juspodivm. 2015. P. 131

formulação técnica da apreciação e concessão das tutelas provisórias gerando uma rede de institutos processuais voltados para a efetividade da atividade jurisdicional.<sup>16</sup>

O tema será mais desenvolvido do ponto de vista das tutelas urgentes nos capítulos seguintes, ficando, porém, desde logo, claro o impacto do princípio em nosso novo sistema legal.

---

16. Dias, Jean Carlos... [et al.]. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. P. 36.

## AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 2.1. A TUTELA JURISDICIONAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS.

Destacado que o processo é um direito fundamental revestido de concreção<sup>1</sup> positiva (em nosso ordenamento constitucional), é evidente que sua atuação tem uma finalidade estruturada exatamente a assegurar que a intervenção estatal, na solução de conflitos individuais, seja pautada pela efetividade da atuação jurisdicional e, assim, pelo reforço das normas jurídicas.

O processo exterioriza essa perspectiva, quando realmente é capaz de tutelar os direitos reconhecidos pela ordem jurídica, de forma adequada a assegurar o sentido de dignidade das pessoas envolvidas no conflito.

No antigo diploma processual a perspectiva da referência à tutela de direitos, no campo do processo, soava como heresia por gerar uma associação à doutrina da imanência no campo do direito de ação<sup>2</sup>. Essa abordagem, hoje, está inteiramente superada e, em certo sentido, a própria teoria do processo está sendo reformulada com uma nova agenda voltada para a eficiência, efetividade e celeridade sem perda da necessária legitimação judicial pela fundamentação.

---

1. Brasil. Constituição (1988). Art. 5º. inc. LIV.

2. Marinoni, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 11.

Há, assim, um giro teórico em direção ao fortalecimento do conceito de tutela jurisdicional como efetiva proteção aos direitos apresentados em juízo. Consorcia-se, assim, os meios e resultados<sup>3</sup> para uma atuação estatal frutífera no sentido de possibilitar a fruição dos direitos reconhecidos em juízo.

A bem da verdade, a autonomia científica do Processo, no século passado, levou a uma evolução significativa quanto à sistematização das formas de atuação da Jurisdição, mas também gerou um descompromisso com a efetividade da tutela pretendida.

Diante disso, o processo passou a ser visto apenas como um modo mecânico de atuar em relação a uma determinada ação estatal, vendo-se como uma técnica de produção de decisões, fossem elas efetivas ou não.

Em certo sentido, a discussão acerca das decisões judiciais ficou limitada ao *minus* formal do processo, deixando, de lado, a finalidade realmente social do processo, que é exatamente a solução do litígio, com o reconhecimento prático do direito protegido.

O caminho crítico tem que ser trilhado de forma a reconhecer o “impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios”, como bem aponta CAPELLETTI.<sup>4</sup>

Isso quer dizer que é preciso pensar o processo cientificamente do ponto de vista da real possibilidade de tutela dos interesses em conflito através dos instrumentos formais que o integram.

Essa perspectiva revisionista da própria função do processo está amplamente representada no novo diploma legal. Não há dúvida que a visão meramente procedimental do processo foi superada e não é mais adequada para a compreensão do novo sistema.

O resgate centra-se na ideia de que o processo é, por definição, um instrumento comprometido com um resultado substancial derivado da Constituição e por isso com pretensões de repercus-

---

3. Yarshell, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas. 1999. P. 37;

4. Capelleti, Mauro, Garth, Brian. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.

são social, prática e operacional na vida das pessoas envolvidas, sem se despir, no entanto, de determinados meios que exercitam o controle da atividade jurisdicional.

De todo o modo, a Jurisdição que age de forma efetiva – sendo assim pautada se pensada sob a ótica de dignidade da pessoa humana e da proteção ao Direito – depende de um processo calculado, formulado e dirigido para a efetividade.

A proibição da autotutela gerou ao Estado o compromisso social de oferecer aos cidadãos um meio eficaz de reconhecimento e proteção de direitos. O processo, portanto, tem uma teleologia própria que não se exaure na produção de atos processuais.

Todos esses atos processuais se preordenam para uma tutela do direito reconhecido, e, não para uma tutela abstrata, conferida por meio de um pronunciamento, mas uma tutela realizada por meio da entrega real do objeto do direito defendido em juízo.

Nesse exato sentido, o processo tanto está comprometido com a formação de decisões judiciais, sendo, deste modo, um maneira de reforço do conteúdo das normas de direito material, quanto revela-se como meio indispensável que torná-las capazes de assegurar às partes os bens da vida que se constituíram como base do conflito.<sup>5</sup>

O processo, como direito fundamental, tem uma finalidade material. Suas formas e procedimentos têm uma finalidade material, aliás, o processo não pode ser visto de outra forma que não a destinada a tutelar os direitos.

Essa busca, pela efetiva tutela de direitos, espelha a tendência europeia como aponta JUNOY: “La ideología social, emergente en el presente siglo, lleva consigo em Europa el fenómeno de la “socialización” del proceso civil que, com el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigências del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo

---

5. Couture, Eduardo J. Introdução ao Estudo do Processo Civil.. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 46.

para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.”<sup>6</sup>

Posta a questão deste modo, conclui-se que a tutela jurisdicional não se exaure com uma decisão, de natureza unicamente processual, proferida pelo Juízo, mas sim, à medida que aquela decisão torna-se realmente capaz de conferir às partes a utilidade que buscavam.

Essa decisão que representa apenas o pensamento do Juízo, sua solução para o caso, consubstancia a prestação jurisdicional, isto é, o oferecimento de uma solução jurídica para o conflito de interesses.

No entanto, a prestação jurisdicional, entendida como a conclusão do processo com uma decisão jurídica proferida pelo Juízo, somente existe e age no campo da processualidade, não operando, praticamente, no campo da realidade.

Destarte, fica evidenciado que a prestação jurisdicional – potência – não se confunde com a própria tutela jurisdicional que opera no campo da realidade fática.

Com isso, é possível ressaltar que a tutela jurisdicional não se apresenta como o direito à conclusão do processo, mas sim, como direito à uma solução prática, útil e efetiva, e, deste modo, assecuratória da dignidade humana.

A concreta tutela jurisdicional, assim, sublima o âmbito puramente processual para ganhar efeitos práticos na vida das pessoas envolvidas, promovendo a efetivação do direito da parte que logrou o reconhecimento judicial de sua pretensão.

Nessa direção, aponta THEODORO JÚNIOR: “Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda in concreto o direito

---

6. “A ideologia social, emergente no presente século, traz consigo da Europa o fenômeno da socialização do processo civil que com o objetivo de incorporar aos clássicos princípios do liberalismo determinadas exigências do Estado Social de Direito manifesta a distinção entre objeto do processo e processo como um instrumento idôneo para obter a efetiva e real tutela por parte do Estado dos interesses litigiosos” Pico i Junoy, Joan. Los Principios del Nuevo Proceso Civil Español. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 106. 2001. p. 59

subjetivo da partes, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional<sup>7</sup>.

Nesse sentido, quando há o oferecimento de uma decisão definitiva, temos a prestação jurisdicional, mas quando se concretiza na vida da parte, o que naquela decisão está exposto e decidido, tem-se a tutela jurisdicional. Posto deste modo, vê-se que a prestação opera no campo da processualidade, enquanto que a tutela age no campo da realidade.

A direção desse argumento é colocar o processo como meio realmente eficaz na conferência de direitos e sua tradução prática na vida das pessoas litigantes. Qualquer outro sentido ao processo, retira-lhe sua aptidão teleológica para se constituir no meio de eficaz ação da Jurisdição.

(Re) direcionar o processo importa também em reconhecer o poder político jurisdicional que por ele é veiculado, mais que tudo, o processo o legitima e o torna factualmente operacional.

O poder de impor, próprio da Jurisdição, atrai e depende do processo de efetiva tutela de direitos, sendo este o modelo de ação que se espera nesse novo século. A conclusão do processo – sentença de mérito – não tem nenhum valor se o seu conteúdo não for capaz de se exteriorizar no campo factual.

Levantando esses aspectos, chega-se a conclusão que se busca com o processo uma proteção específica à determinada categoria de direitos que exige um modelo sistemático de atos.

A jurisdição somente age verdadeiramente quando esse conjunto sistemático de atos é realmente adequado à tutela pretendida, com isso, impõe-se refletir que “a tutela formal”, na verdade não tutela, porque esta se concretiza e corporifica no campo dos fatos.

As tutelas devem ser adequadas aos tipos e modalidades de conflitos submetidos à apreciação da atuação jurisdicional, o que significa que o poder político transportado pelo processo, somente corresponde à promessa estatal, firmada no momento

---

7. Theodoro Júnior, Humberto. Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 3.