
ORDINARIEDADE E EFETIVIDADE: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ordinary and Effectivity: Constitutional Principiology and the Realization of
Constitutional Fundaments

Jeferson Dytz Marin*
Marina Bertarello*

RESUMO: Os conflitos envolvendo direitos fundamentais colidentes, segundo Alexy, encontram solução nos juízos de ponderação, calcados no princípio da proporcionalidade e no binômio necessidade/adequação. Contudo, os juízos de valor encontram óbice no direito à segurança jurídica, mais especificamente na busca exacerbada pelo contraditório prévio, ademais, constituindo um dos alicerces precípuos da teoria alexyana, pecam pelo excesso de discricionariedade, já que revestidos de notório caráter moral/axiológico. Tal posicionamento redundava na rejeição à concessão da tutela antecipada envolta no embate de direitos fundamentais conflitantes, vilipendiando a efetividade processual, já que o direito carecedor de urgência não pode tornar-se refém do tempo do processo cognitivo, sob pena de perecimento. Logo, é necessário fulminar o paradigma racionalista, propiciando a prevalência do direito fundamental à efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais, ordinariade, tutela antecipada, segurança jurídica, efetividade.

ABSTRACT: The conflicts involving opposite fundamental rights, according to Alexy, find solution in the balance judgments, based in the principle of proportionality and the interconnection necessity/adequacy. However, the value judgments find obstacle in the right to the legal security, more specifically in the incessant search for the previous contradictory, moreover, constituting one of the main foundations of the Alexy theory, sin for the discretionarity excess, since coated of well-know moral/axiological character. Such positioning results in the rejection to the concession of the anticipated guardianship involved by the conflicts between the opposite basic rights, slandering the procedural effectiveness, since the right in need of urgency cannot become hostage of the time of the cognitive process, risking to be extinct by time. Therefore, it is necessary to derogate the rational paradigm, propitiating the prevalence of the basic right to the effectiveness of the process in detriment of the legal security.

KEYWORDS: basic rights; ordinarity; anticipated guardianship; legal security; effectiveness.

INTRODUÇÃO

Os conflitos envolvendo direitos fundamentais colidentes, segundo a teoria principiológica alexyana, encontram solução nos juízos de ponderação, através do princípio da proporcionalidade – que registra três desdobramentos –, propiciando a solução adequada ao caso concreto.

Entretanto, os juízos axiológicos encontram barreira na segurança jurídica, ou seja, na busca desenfreada pelo contraditório prévio. Tal posicionamento enseja a contrariedade à concessão da antecipação dos efeitos da tutela no embate entre direitos fundamentais conflitantes, abortando a efetividade processual, além de aniquilar o direito que não pode se constituir em refém do tempo e da *ordinariedade*.

Assim, resta aos operadores do direito retirar a névoa que encobre a segurança jurídica e buscar o fim do paradigma racionalista, herança da tradição romano-canônica, percebendo que não há no direito cognição exauriente que leve aos perseguidos juízos

* Doutorando em Direito pela UNISINOS-RS. Mestre em Direito pela UNISC-RS. Especialista em Direito Processual pela UCS-RS. Professor da graduação e pós-graduação da UCS-RS. Advogado. Contato: jmarin271@hotmail.com

** Bolsista da Iniciação Científica da Universidade de Caxias do Sul – BIC-UCS *E-mail:* mari.ber@ibest.com.br

de certeza, mas sim a necessidade premente de valoração dos direitos fundamentais e análise da verossimilhança, no intuito de otimizar as tutelas de urgência, premiando assim a efetividade processual.

Adverte-se, aqui, que o que se propõe não é a asseguaração da efetividade processual ao arrepio do contraditório e da ampla defesa – também direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos –, mas sim o estabelecimento de um critério de razoabilidade fulcrado na verossimilhança, na aparência da verdade e na quase certeza, critérios que inspiraram a tutela antecipatória e as tutelas de urgência em geral. Nessa esteira, pode-se asseverar que a concessão tardia da tutela ou a pernicioso gestão do tempo também dão azo ao ultraje dos direitos fundamentais e redundam na malfadada inefetividade, representada no perecimento de direitos tardiamente reconhecidos.

I DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROPORCIONALIDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA GESTÃO PRINCIPIOLÓGICA

Os direitos fundamentais possuem raízes firmadas na dignidade da pessoa humana e são fruto de embates históricos, tendo como marco relevante a Revolução Francesa, abarcada na ideologia do Iluminismo, oriunda de reivindicações burguesas que buscavam o passamento das injustiças e vilipêndios aos valores fundamentais do indivíduo protagonizados pelo dispêndio e ausência de limites da nobreza, o que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A evolução histórica fez pulular os direitos fundamentais de primeira geração, com titularidade concedida ao indivíduo, calcados na erradicação da intervenção do Estado na seara da liberdade individual; de segunda geração, enraizados no princípio da igualdade, nos direitos sociais, culturais e econômicos exigidos da prestação estatal; de terceira geração, que envolve os direitos coletivos ou difusos, como a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, a comunicação, resultados do processo de descolonização; e os de quarta geração, consagrados pelo direito internacional, coeficiente da globalização, tais como os direitos à democracia, ao pluralismo, à informação, etc.

O reconhecimento dos direitos do homem constitui elemento fundador do individualismo, no momento em que visa o crescimento do indivíduo liberto das amarras impostas pelo Estado. A expressão mais relevante da geração de direitos se respalda pela inserção do homem nas relações de poder entre monarcas e súditos, quando brotam os chamados direitos públicos subjetivos, elemento fundamental do Estado de direito. Enfim, “é com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos” (BOBBIO, 1992, p.61).

A Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, introduziu um avanço indiscutível na esfera dos direitos fundamentais, que denotou suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro, pois alarga e evidencia a dimensão das garantias fundamentais, incluindo os direitos sociais, econômicos e culturais, coletivos e difusos, e não apenas os civis e políticos.

Entretanto, o entrave reside na dificuldade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, que perpassa o prisma dos instrumentos jurídico-processuais e das garantias constitucionais¹.

¹ Hans Kelsen mencionava que “uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas” (KELSEN, 1996: 234).

Lenio Luiz Streck evidencia o problema de efetivação dos direitos com status constitucional, assim dispendo:

Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos* (STRECK, 2004, p.15).

Na verdade, tem-se uma linha tensa entre os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, direcionados à proteção das liberdades dos indivíduos, e, de outra banda, os direitos fundamentais de terceira e quarta geração, voltados para guarnecer a coletividade.

Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido pela Constituição. Por conseguinte, a colisão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos é oriunda do fato de a Carta Magna guarnecer certos bens jurídicos que podem vir a encontrar-se numa relação de conflito ou colisão concreta com determinados direitos fundamentais.

Sob esse prisma é relevante a análise do princípio da proporcionalidade na resolução de tais situações conflituosas, buscando estabelecer uma correlação entre o fim a ser almejado por um direito fundamental e o melhor meio jurídico a ser empregado na solução do duelo principiológico, balizada pelo binômio necessidade/adequação. Ou seja, é necessário o manejo de juízos de ponderação, que visem valorar os princípios enrijecidos nos direitos fundamentais guerreados, como verdadeira tarefa de otimização no caso concreto, eliminando a irracionalidade abstrata do texto constitucional.

Na dicção de Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos fundamentais: a) adequação; b) necessidade (ou exigibilidade); c) proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa que o intérprete deve identificar o meio adequado para a consecução dos objetivos pretendidos. A necessidade (ou exigibilidade) significa que o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos fins desejados. A proporcionalidade em sentido estrito significa que o meio escolhido, no caso específico, deve se mostrar como o mais vantajoso para a promoção do conjunto de valores, bens e interesses em jogo (ALEXY, 1993).

Tecendo argumentações acerca da dificuldade de julgar casos em que há conflito concernente aos direitos fundamentais, aduz Alexy:

Entre los principios relevantes para la decisión iusfundamental se cuentan no solo los principios que están referidos a los derechos individuales, es decir, que confieren derechos fundamentales *prima facie*, sino también aquellos que tienen por objeto bienes colectivos y que, sobre todo, pueden ser utilizados como razones en contra, pero también como razones en favor de los derechos fundamentales *prima facie* es relativamente fácil de determinar. Cada vez que una disposición de derecho fundamental socnfiere um derecho subjetivo, está adscripto a ella, por lo menos, um principio de este ripo. Más difícil es responder es la cuestión acerca de los principios referidos a bienes colectivos (ALEXY, 1993, p.126).

Logo, segundo a teoria alexyniana, é a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o sopesar dos direitos fundamentais quando se encontram em liça, propiciando ao caso concreto solução adequada de coordenação e harmonia dos bens em colisão.

Robert Alexy noticia a regra constitutiva da lei da ponderação, nos seguintes dizeres: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro” (ALEXY, 1993, p.161), ou seja, a medida que permite a não satisfação de um princípio depende intrinsecamente do grau de importância da satisfação do outro princípio, almejando a solução mais conforme ao conjunto de axiomas constitucionais.

A ponderação, conforme afirma Alexy, consubstancia método propício a ensejar solução de ajuste à colisão entre direitos fundamentais conflitantes, tendo a missão de alcançar equilíbrio aos direitos que estão em estado de tensão, ordenando critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente correta. Enfim, o método de ponderação suscita a existência de uma hierarquia axiológica e dinâmica entre os princípios conflitantes, eis que confere maior ou menor peso de acordo com os princípios colidentes.

O constitucionalista português J.J Gomes Canotilho adverte que a ponderação não é de forma alguma modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos. Afinal, o método de balancing é submetido a uma cuidadosa topografia do conflito aliada a uma justificação da solução do entrave através do caso concreto (CANOTILHO, 2002). Por meio da razoabilidade poderá o intérprete aferir o conteúdo valorativo de interesses pretensamente invocados como dignos de proteção. O teste de razoabilidade ao caso concreto pode ser, “um esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar ‘enquadrado’ na esfera de protecção de uma norma constitucional” (CANOTILHO, 2002, p.1203).

Como bem destaca Paulo Bonavides, os princípios jurídicos, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa mudança no modo de se compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico (BONAVIDES, 1997).

Em suma, os direitos fundamentais além de defenderem as garantias individuais subjetivas, impõem ao Judiciário sua intervenção quando forem desrespeitados os valores, costumes e princípios da coletividade.

Nesses termos, Ingo Sarlet salienta que:

[...] a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes (SARLET, 2003, p.150).

Cabe sublinhar também que os direitos fundamentais não podem ter um fundamento absoluto, inflexível, que não admita, em hipótese alguma a aplicação do princípio da proporcionalidade, como bem salienta Norberto Bobbio:

Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles (BOBBIO, 1992, p.22).

Miguel Reale, com a tradicional Teoria Tridimensional do Direito, dissemina a relação entre fato, norma e valor, respaldando a tese de que não há direito efetivo sem a devida valoração, assim mencionando:

Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores (REALE, 1998, p.67).

Portanto, a aplicação dos princípios, de acordo com o que afirma Alexy, deve se dar mediante ponderação e, partindo do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível, dando, com sua flexibilidade, margem à realização da justiça do caso concreto, em respeito à equidade.

Todavia, em que pese a nobre intenção da teoria alexyniana, imprescindível ressaltar que a teoria da ponderação, que se alicerça especialmente no princípio da proporcionalidade – cuja jurisprudência pátria não cansa de denominar o princípio dos princípios –, registra riscos iminentes, que vão desde a possibilidade de implementação de um decisionismo axiológico, de fundo moral – mormente em razão da inspiração de Alexy em Hart (HART, 1994) e Radbruch (RADBRUCH, 1974) até o risco de banalização do conflito principiológico, permitindo a utilização demasiada dos princípios, mesmo em hipóteses que suscitam a singela aplicação da regra.

Claro que quando se faz tal afirmação, não se pretende retornar ao paradigma positivista, reconhecendo na regra solução suficiente à casuística. Os princípios podem – especialmente quando tutelam direitos fundamentais – afastar a incidência das regras, já que registram caráter orientador do direito, com performance horizontal. Entretanto, o que não pode ocorrer é atribuir aos princípios força absoluta, já que tal atitude permitiria que a aplicação dos princípios abrigasse pretensões individuais, de caráter valorativo pernicioso, o que alicerça o liberalismo individual clássico.

Dessa forma, o cuidado com a aplicação da ponderação é recomendável, mormente no que toca à possibilidade de surgimento de uma ditadura dos princípios, que não adote critérios constitucionais e produza o efeito inverso da pretensão de Alexy, banalizando a aplicação dos direitos fundamentais em face do axiologismo exacerbado do decisor, que terá a tarefa de gerir o conflito principiológico.

2 ORDINARIEDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAL: A HERANÇA ROMANO-CANÔNICA DA COGNITIVIDADE E DOS JUÍZOS DE CERTEZA

A aplicação principiológica e a busca da efetividade encontram óbice na segurança jurídica, pois estar-se-ia subjugando as normas preexistentes e criando outras, o que é vedado ao Poder Judiciário, em virtude da tripartição dos poderes, consagrada por Montesquieu (MONTESQUIEU, 2001), que tanto atrofia o sistema jurídico, impedindo sua atividade criadora, vital à adequação do ordenamento aos liames da realidade.

Os procedimentos judiciais devem ser submetidos a flexibilizações que garantam a efetividade, já possíveis em face da tutela antecipatória, que permite a aplicação de juízos de verossimilhança, afastando a idéia de que a segurança jurídica serve de escudo ideológico na manutenção estática dos institutos processuais, albergando o engessamento e alienação da positivação e, por consequência, barrando a real efetivação dos direitos fundamentais, fazendo com que o Direito, sob a visão dogmática, seja um mecanismo de conservação do passado. Nesse diapasão, oportuno os dizeres de Warat:

A repetição do passado impede receber os sinais do novo, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em suma, nos aliena, nos exclui, ou nos devora. Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições da transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivências e um futuro indecifrável (WARAT, 1997, p.138).

Importante frisar que a segurança jurídica se manifesta precipuamente no direito constitucional ao devido processo legal², mais especificamente na necessidade do contraditório na solução da lide, mesmo aquelas que envolvam conflitos entre direitos fundamentais e que necessitam do amparo imediato da Justiça.

O manto da segurança jurídica como valor supremo e inabalável permeia o processo a ponto de repelir a fundamentação de decisões pelo conhecimento sumário da celeuma, como na antecipação da tutela, proporcionando assim manutenção do status quo, em extremo anacronismo, além de coibir a efetividade³ na prestação jurisdicional. E a efetividade significa a realização plena do Direito, “ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser da norma e o ser da realidade social” (BARROSO, 2000, p.85).

De forma alguma a segurança jurídica encontra-se ameaçada pela tutela antecipada, visto que se trata de procedimento de urgência, autorizado pela verossimilhança; muito menos, se vislumbra arrepio no uso do juízo de ponderação, assaz decisivo à própria decisão sumária acerca do deferimento de liminares inaudita altera pars envolta no conflito entre direitos fundamentais.

² O artigo XI. n.1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem já garantia o devido processo legal, assim dispondo: “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

³ De Plácido e Silva dispõe que efetividade é “derivado de *efeitos*, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em *atividade*. Quer assim dizer o que *está em vigência*, *está sendo cumprido* ou *está em atual exercício*, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos. Opõe-se, assim, ao que *está parado*, ao que *não tem efeito*, ou *não pode ser exercido ou executado*” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.509.).

Ao magistrado cabe efetuar a dosagem, sopesando a situação fática posta aos olhos da Justiça, sempre adotando-se os elementos oferecidos pelo direito, como pondera Cappelletti:

O bom juiz, assim consciente dos limites, mas também da potencialidade da sua função, será sensível às circunstâncias que lhe permitam conciliar um prudente *restraint* em certos casos, com um corajoso ativismo noutros casos (CAPPELLETTI, 2008, p.20).

O processualista Ovídio Baptista da Silva pondera que os atos subjugados à discricionariedade do Poder Judiciário não culminam em arbitrariedade, assim não haveria que se cogitar a inércia da Justiça frente ao conflito de direitos fundamentais que necessitam da célere antecipação da tutela, sob pena de se tornarem inefetivos e até mesmo inócuos com o retardamento da medida, bastando para tal que o magistrado utilize a razoabilidade no julgamento:

O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado (SILVA, 2006, p.271).

Ora, o Poder Judiciário não pode ficar silente diante da problemática que lhe é apresentada, pois o dever da prestação jurisdicional é indeclinável, sendo impossível a negativa de efetivação dos bens fundamentais pelo juiz, oportuno aqui invocar Piero Calamandrei:

Não conheço outro ofício que exija, de quem o exerce, mais que o do juiz, um forte senso de viril dignidade, aquele senso que impõe buscar na sua consciência, mais que nas ordens alheias, a justificação do seu modo de agir, e de rosto descoberto assumir plenamente a responsabilidade por ele (CALAMANDREI, 2000, p.351).

A decisão do juiz implica o uso da hermenêutica, na arte da interpretação, sopesando os interesses conflitantes, como bem salienta Gadamer:

A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundando na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação (GADAMER, 2004, p.122).

Indubitavelmente, o que se impõe ao Poder Judiciário é a luta pela ruptura do véu da segurança jurídica, escudo do formalismo dogmático exacerbado, que sacrifica direitos fundamentais carecedores de tutelas de urgência em nome de uma segurança fictícia, assim o embate é o único combustível capaz de fazer exsurgir a prevalência do direito em detrimento de supérfluos racionalistas, como sustenta Ihering:

Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles que a eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança (IHERING, 2002, p.27).

O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela é o grande mote da efusão dos direitos fundamentais, sendo de suma importância inferir que a regra da tutela antecipada é o instrumento jurídico que permite a concessão de liminares para a concretização de direitos em ameaça, evitando a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, que na dicção de Fux, “à luz do princípio da satisfação específica, há risco de dano toda vez que a prestação possa frustrar-se pela demora natural do processo” (FUX, 1996, p.372).

No plano fático, envolto na intersecção de conflitos de direitos fundamentais, a título exemplificativo, traz-se o caso de direito à liberdade de imprensa e à intimidade e imagem, o que importa em necessário detrimento de um direito em benefício de outro, sendo medida necessária, muitas vezes, a concessão de liminar impedindo a publicação de matéria jornalística. Caso contrário, estar-se-ia admitindo que o aparato jurídico teria somente efeito declarativo, em flagrante contrariedade com a sua natureza ontológica e caráter instrumental, servindo o processo à concretização dos direitos.

Portanto, os efeitos da antecipação da tutela não atentam contra os princípios constitucionais assecuratórios da ampla defesa e do contraditório, basilares da segurança jurídica.

Contudo, é de fundamental relevância situar o contexto processual em que a tutela antecipatória está inserida para assim compreender sua rejeição pelos operadores afetados pelo paradigma racionalista, afeitos ao processo de cognição, que suprime os juízos de verossimilhança, conservando-se fiel ao ideário iluminista na busca incessante da verdade absoluta, partindo do pressuposto de que a função de julgar seja efetivamente declaratória, balizada pela declaração da vontade unívoca da lei, respaldando a segurança jurídica, firmada nos juízos de certeza.

É de extrema necessidade a incorporação de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, rendendo-se ao fato de que o labor jurisdicional representa ato de inteligência, não de mera reprodução da letra morta da lei, derrocando a ideologia anacrônica do racionalismo exacerbado que alicerça o processo, fulminando com sua efetividade.

Os princípios da segurança jurídica são de ordem constitucional, sintetizados na certeza do contraditório, e inexistindo grau de hierarquia entre direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que se opera um aparente conflito desses ditames constitucionais nas demandas ensejadoras da incidência da tutela antecipada, desencadeado pelo fator tempo.

O processo necessariamente exige o decurso de tempo para atingir a cognição plena que proporcionará o sonho inebriante da segurança jurídica, porém a dilação temporal vital à cognição aossada é incompatível com a efetividade jurisdicional, especificamente quando existe risco de extravio do direito a reclamar tutela urgente, que urge pela

postergação da obediência ao princípio do contraditório. Nesses termos, o processualista Cândido Rangel Dinamarco:

Sabe-se também que a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelares e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do fluir do tempo (o tempo é um inimigo), sem que no entanto fique excluído o contraditório, mas tão somente postergado (DINAMARCO, 1993, p.133).

O fascínio pelo contraditório prévio (*audiatur et altera parte*), próprio da ordinariiedade, constitui legítimo fiador do paradigma racionalista que persegue o processo, “é apenas uma extensão ideológica da matriz racionalista, que reduz à jurisdição à mecânica descoberta da vontade da lei” (SILVA, 2006, p.112).

Acerca da tirana defesa em prol do contraditório e seus juízos de certeza, na busca inarredável pela declaração da univocidade da lei como proeza matemática, indispensável a crítica de Ovídio A. Baptista da Silva, no sentido de que a *ordinariiedade* não assegura a verdade absoluta, transcreve-se:

Dirão os que proclamam as virtudes do procedimento ordinário, que os juízos que o magistrado fizer, antes do completo encerramento da causa, serão baseados em verossimilhança, porquanto lhe faltariam as informações capazes de permitir-lhe um juízo de certeza. Se o procedimento ordinário desse ao julgar as condições de conhecer – com certeza – a ‘vontade da lei’, então não teríamos como justificar o número extraordinário de recursos contra esse julgamento e menos ainda justificar a descoberta de outra ‘vontade da lei’, nos casos em que o tribunal do recurso venha a reformar a sentença (SILVA, 2006, p.28).

A propósito, acerca do cumprimento *a posteriori* do contraditório, ilustra Luiz Fux que “não pode o juiz sacrificar o interesse maior da justiça em prol do interesse subjacente de ouvir a parte antes de decidir” (FUX, 1996, p.149).

A consecução do dogma da segurança jurídica, através da cognição exauriente constitui medida adequada quando não está em liça a garantia de um direito fundamental carecedor de tutela de urgência, sob pena de inevitável aniquilamento, ponderando Tucci que “quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória (TUCCI, 1997, p.65).

Na verdade, se tem a noção ortodoxa de ser a tutela antecipatória satisfativa uma providência incompatível com a garantia do devido processo legal e, especialmente, com a garantia do contraditório, estando em embate dois grandes princípios constitucionais de caráter fundamental, o da efetividade do labor jurisdicional e o da segurança jurídica.

Não se pode olvidar que o princípio constitucional do devido processo legal tem como pilar a idéia de processo justo, condizente com as necessidades de realização dos direitos, por meio da prestação jurisdicional, que varia em consonância com a natureza da tutela reclamada, considerando o elemento tempo.

Nessa linha, pondera Fux:

O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige “efetividade”, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o “indevido” processo (FUX, 1996, p.319).

Em suma, o deferimento da tutela antecipada revela que, na ponderação dos valores constitucionais convergentes, restou vitorioso o direito fundamental à efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica, o que denota medida de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais colidentes, insertos na Constituição Federal, conforme assevera Alexy, perpassa pelos juízos de ponderação, calcados nos princípios da proporcionalidade e no binômio necessidade/adequação, propiciando a solução adequada ao caso concreto.

Todavia, tal teoria apresenta riscos, especialmente por estar amparada em juízos de valor, que em face da aplicação da moralidade, podem dar azo à decisionismos, deixando de alcançar critérios seguros de aplicação das normas gestoras das antinomias jurídicas próprias e impróprias.

Doutra banda, a idéia de efetividade ofertada pelos princípios apresentam contornos positivos e alicerce sólido, já que fruto de uma das grandes mudanças de paradigma do direito dos últimos tempos, consistente na horizontalização do direito através da aplicação irrestrita dos princípios na condição de informadores da Ciência Jurídica.

Contudo, a aplicação dos princípios encontra óbice no direito à segurança jurídica, mais especificamente na busca exacerbada pelo contraditório prévio, corolário da ordinariedade, posto que estar-se-ia subjugando as normas pré-existentes e criando outras, infringindo assim o magistrado a tripartição dos poderes, já que ao juiz não cabe a atividade jurisdicional criadora, apenas declaratória do sentido unívoco da lei, como pondera Ovídio Baptista da Silva.

Tal entendimento culmina com a rejeição da concessão da tutela antecipada, envolta no embate de direitos fundamentais conflitantes, eivando a efetividade processual, já que o direito carecedor de urgência não pode aguardar o malfadado tempo do processo cognitivo, sob pena de perecimento.

Portanto, urge a derrocada do paradigma racionalista, obcecado pela cognição exauriente que supostamente levaria aos juízos de certeza, típica ideologia iluminista, pelo simples fato de a valoração dos direitos fundamentais e a verossimilhança serem indispensáveis ao deferimento de liminares inaudita altera pars, restando vitorioso o direito fundamental à efetividade do processo em prejuízo da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, Os Juízes, Vistos por um Advogado*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução de Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. São Paulo: Vozes, 2004.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 2 ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 5 ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, Jaqueline Mielke. *O Direito Processual Civil como instrumento de realização de Direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Artigo recebido em 12 de fevereiro e aprovado em 16 de março.
