

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

Vitor Berenguer Barbosa Junior

**TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA EM REAÇÃO AO DANO
AMBIENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Manaus-AM

2016

VITOR BERENGUER BARBOSA JUNIOR

**TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA EM REAÇÃO AO DANO
AMBIENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas,
como um dos requisitos para a conclusão do curso.

Orientador: Prof. Dr. Eid Badr

Manaus – AM

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

VITOR BERENGUER BARBOSA JUNIOR

TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA EM REAÇÃO AO DANO AMBIENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Amazonas, pela Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, ____ de Agosto de 2016

Prof. Dr. Eid Badr

Universidade do Estado do Amazonas

Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo

Universidade do Estado do Amazonas

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes

Universidade Federal do Amazonas

"A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta".

Rui Barbosa

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Vitor Berenger Barbosa e Eneida Cristina Avelino Berenger Barbosa pelos ensinamentos de vida, pela perseverança em me fazer caminhar por linhas retas, pelo exemplo de honestidade, generosidade, ternura e amor.

AGRADECIMENTOS

Aos valorosos irmãos que pela amizade recebi o privilégio de poder conviver, sejam das diversas origens e matizes, todos igualados na nobre condição de meus amigos.

Ao meu orientador Eid Badr, por ter, com tranquilidade, dedicado crédito a minha capacidade de realizá-lo, tarefa auxiliada pelas firmes e gentis contribuições dos Professores Doutores Sandro Nhemias Melo e Sebastião Marcelice Gomes.

RESUMO

A vida em sociedade, para ser harmônica e pacífica, necessita do estabelecimento de regras claras, precisas e acessíveis, e isto se materializa por meio do Direito. O *jus positum* se projeta não apenas para parametrizar o convívio entre os indivíduos, mas, para traçar a relação destes com o meio ambiente. As relações transcendem a esfera meramente humana e alcançam a esfera ambiental. No entanto, apenas a existência de normas, não garante a efetiva tutela destes direitos é preciso que existam instrumentos hábeis a assegurar efetividade às normas constituídas, assim, ganha destaque o papel do direito processual, o qual é legítimo instrumento por meio do qual se garantirá a tutela do direito violado ou ameaçado. Na seara ambiental a questão ganha contornos ainda mais complexos, ao passo que, além da necessidade do instrumento para a garantia da tutela jurisdicional, fala-se aqui do processo, é preciso que o mesmo seja célere e eficaz. No corrente ano, passou a vigorar no país o Novo Código de Processo Civil, o qual nasceu com o propósito de garantir maior coesão ao texto e maior proximidade com as normas e princípios constitucionais, tal instrumento, traz em seu bojo a tutela de urgência, o qual é, a nosso sentir, o principal instrumento processual previsto à disposição do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil; Meio Ambiente; Dano; Tutela Jurisdicional; Direito ambiental

ABSTRACT

The life in society, in order to be harmonic and peaceful, needs clear, precise and accessible rules, and that materializes through the law. The *jus positum* projects itself to not only establish parameters to the individuals living in the same space, but also align their relations with the environment. The relations transcend the merely human range to reach the environmental range. Nevertheless, the existence of rules don't assure the effectiveness tutelage of those rights, there are needs of useful tools that ensures the effectiveness of those constituted norms, therefore, the procedural law acquire a prominent role of a legitimate instrument that ensures the tutelage of the violated or threatened right throughout him. Concerning the environmental law, that subject gets even more complex configuration, because, beyond the necessity of that instrument to ensure the jurisdictional tutelage, and that is the due process of law, there is a need of celerity end effectiveness over the process, itself. In this current year occurred that the New Civil Procedural Code had invigorated, crafted with the purpose to ensure better cohesive text e closer proximity with the norms and constitutional principles, such an instrument has in its core the urgency tutelage, and that, in our vision, is the main disposed procedural instrument regarding the environmental protection.

KEY WORDS: Civil Procedure; Environment; Damage; Jurisdictional Tutelage; Environmental Law

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CPC- Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

QUADROS

Quadro 1 – Concepções de natureza, suas relações com o ambientalismo e contribuições para a sustentabilidade.....	20
Quadro 2 – comparativo entre o antigo e o novo CPC.....	152

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 – A SOCIEDADE, O DIREITO E O MEIO AMBIENTE.....	16
1.1 O HOMEM COMO UM SER SOCIAL.....	16
1.2 O ESTADO E A NECESSIDADE DO CÓDIGO DE PRESCRIÇÃO DE CONDUTAS.....	21
1.3 O DIREITO COMO ORDENADOR DAS CONDUTAS.....	25
1.4 A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO HOMEM-NATUREZA.....	28
1.4.1 O antropocentrismo e ecocentrismo: a natureza como objeto e como sujeito de direito.....	32
1.5 O MEIO AMBIENTE COMO VALOR JURÍDICO TUTELÁVEL.....	33
1.6 A PROTEÇÃO AMBIENTAL, BASE PRINCIPOLÓGICA E MECANISMOS PARA O SEU EXERCÍCIO.....	36
2 – O PROCESSO, INSTRUMENTO SOCIAL DE CONTROLE E PRESTAÇÃO ESTATAL.....	42
2.1 O PROCESSO COMO NORMA E SUA CONCEPÇÃO.....	42
2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO POR MEIO DOS SEUS MODELOS.....	43
2.3 TEORIA DO PROCESSO, A CIÊNCIA E A NORMA.....	45
2.3.1 O processo civil, uma espécie jurisdicional de processo.....	47
2.3.2 O status científico do tema a partir das finalidades principiológicas da norma.....	48
2.3.3 A distinção entre princípios e regras normativas.....	49
2.3.4 A base principiológica do processo civil a partir dos direitos fundamentais... ..	52
2.3.5 O devido processo legal e as garantias fundamentais.....	54
2.3.6 O direito processual como direito fundamental.....	56
2.3.7 Os princípios do processo civil a partir do devido processo legal.....	57
2.3.8 A garantia constitucional do processo jurisdicional civil.....	60
2.4 O PODER DE IMPOR O DIREITO, A JURISDIÇÃO.....	61
2.4.1 A perspectiva funcional da jurisdição como conceito e suas consequências.....	63
2.4.2 A ação como direito de acesso à jurisdição.....	66
2.4.3 A jurisdição teleológica e a indissociável relação entre direito e processo.....	68
3 – TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS E TÉCNICAS PROCESSUAIS.....	71
3.1 TUTELAS JURISDICIONAIS E ELEMENTOS INTEVENIENTES.....	71
3.1.1 Tutelas, tutela de direito e tutela jurisdicional.....	71
3.1.2 Tutela diferida de direitos, pronunciamento jurisdicional e decisão.....	72
3.1.3 A insuficiência da tutela condenatória.....	76
3.1.4 Tipologia da prestação jurisdicional.....	77
3.2 DIFICULDADES DA TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICA PROCESSUAL.....	86

3.2.1	O tempo processual e o custo do processo como inimigo da tutela jurisdicional.....	86
3.2.2	Efeitos da tutela jurisdicional	88
3.2.3	Técnica processual e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.....	88
3.3	TÉCNICAS PROCESSUAIS DE DINAMIZAÇÃO DO PROCESSO	90
3.3.1	As técnicas processuais de preclusão e de fixação de prazos.....	90
3.3.2	As técnicas processuais de nulidade e de concentração de atos	91
3.4	TÉCNICAS PROCESSUAIS DE INFLUÊNCIA NA COGNIÇÃO JURISDICIONAL	92
3.4.1	As técnicas de cognição e espécies de cognição jurisdicional	92
3.4.2	A técnica de cognição sumária como decorrência da técnica de sumarização...	96
3.4.3	A técnica de controle legal da conduta e verificação da imparcialidade do órgão jurisdicional.....	97
3.4.4	Técnica processual de julgamento antecipado.....	98
3.4.5	Técnica processual de decisão jurisdicional	105
3.5	TÉCNICAS PROCESSUAIS DE REALIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL.....	106
3.5.1	A técnica executiva e a tutela jurisdicional de ressarcimento	106
3.5.2	As medidas de emprego da técnica executiva	108
3.5.3	Medidas de apoio da técnica executiva	110
3.5.4	Aplicação e controle dos meios executivos	112
4	– O DIREITO AMBIENTAL NA NOVA PERSPECTIVA PROCESSUAL: TUTELAS JURISDICIONAIS FACE AO DANO AMBIENTAL	114
4.1	DIREITO AMBIENTAL, DANO E TUTELA JURISDICIONAL	114
4.1.1	Interesse difuso, coletivo e individual homogêneo reconhecimento jurídico da tutela ambiental.....	114
4.1.2	Direitos de terceira dimensão e o dano ambiental.....	119
4.1.3	A responsabilização jurídica para questões ambientais.....	122
4.1.4	A tutela ambiental e o tempo	125
4.2	O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	126
4.2.1	A necessidade de edição de um novo diploma processual	126
4.2.2	Breve histórico da tramitação do Novo Código de Processo Civil	130
4.2.3	Aplicação do Novo Código de Processo Civil e seu “ <i>vacatio legis</i> ”	132
4.3	A TUTELA DO MEIO AMBIENTE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	134
4.3.1	Meios de defesa processual do meio ambiente e o novel Código de Processo Civil	134
4.3.2	Das tutelas de urgência em favor do meio ambiente	146
	CONCLUSÃO.....	161
	REFERÊNCIAS	164

INTRODUÇÃO

O homem é um ser social, esta frase, um tanto quanto clichê, pode ser muito mais profunda do que parece à primeira vista.

A vida em sociedade guarda grandes desafios, os quais foram se agigantando à medida que as sociedades se complexificaram. O sentimento gregário é intrínseco à natureza humana, mas mesmo sendo natural, nem sempre o conviver em sociedade se desenvolve de forma pacífica. As relações sociais também são envoltas em disputas por poder, subjugação e intensos conflitos.

Era preciso mais que a prática para consolidar comportamentos, era necessário o estabelecimento de regras, as quais deveriam ser claras, precisas e acessíveis. O propósito de planificar a conduta humana, elegendo um comportamento paradigma é campo fértil ao surgimento do Direito.

O *jus positum* nasce, inicialmente, com o propósito de traçar parâmetros ao convívio entre os indivíduos e, posteriormente, destes com o meio que os circunda. Assim, as relações deixam de ser apenas homem/homem, e passam a projetarem-se para as questões ambientais, o que faz com que o meio ambiente passe a ser reconhecido juridicamente como autêntica e vital extensão humana.

Nos primórdios, a relação homem e meio ambiente era muito próxima e intensa, a natureza era considerada um ser vivo, orgânico e espiritual. Com o passar do tempo e o domínio de técnicas mais apuradas, esta relação perde-se, o homem passa a dominar a natureza, sendo ele o ponto fulcral e o meio ambiente um mero acessório.

Esta mudança tem como uma de suas consequências mais aparentes o aumento da degradação ambiental, o homem passa a relacionar-se com a natureza não de forma dependente, mas de forma predatória. Daí surge a necessidade de normatizar, cada vez mais, as condutas humanas em relação ao meio ambiente.

Tal normatização pressupõe a existência de instrumentos hábeis a assegurar efetividade às normas constituídas, assim, ganha destaque o papel do direito processual, o qual é legítimo instrumento por meio do qual se garantirá a tutela do direito violado ou ameaçado.

Quando se trata de matéria ambiental, especialmente no que se refere ao dano, a questão se torna ainda mais sensível, isto porque, não raro, o prejuízo causado ao meio ambiente pode não apenas ser de difícil, mas de impossível reparação, soma-se a isto o fato de que seus desdobramentos podem ser imprevisíveis e seus efeitos negativos intergeracionais.

Este cenário evidencia que a atuação jurisdicional precisa ser célere, de modo a conferir eficácia ao direito postulado. No Brasil, por exemplo, o constituinte reformador, preocupado com a morosidade da atividade jurisdicional, tratou de assegurar no inciso LXXVIII, do art. 5º, mediante a Emenda Constitucional nº 045/2004, popularmente batizada como emenda da reforma do Judiciário, o “direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tempo e processo guardam entre si relação de significância, a exigência de que o processo veicule a demanda é, também, a expressão da acomodação do exercício do direito de ação em função da medida do tempo.

Visando tornar o processo mais célere, coeso e acessível instituiu-se um novo código de processo civil, o qual entrou em vigor no corrente ano e trouxe importantes inovações à processualística brasileira, as quais, como veremos no decorrer deste trabalho, contribuirão para um direito ambiental mais eficaz frente ao dano.

Distantes da pretensão de esgotar o tema aqui proposto, e ainda pouco discutido na academia, a proposta é refletir sobre a importância da tutela jurisdicional para o adequado resguardo do direito ambiental.

Neste sentido, o primeiro capítulo - A sociedade, o direito e o meio ambiente - buscará, sob o viés teórico, expor o que se compreende por cada um destes conceitos. A fim de possibilitar a compreensão do elemento sociedade, realizar-se-á, inicialmente, uma reflexão acerca da relação homem e sociedade, do Estado será focado sob a perspectiva da necessidade de prescrição de condutas e o direito ganha relevância na dinâmica da evolução estabelecida entre homem e natureza, o capítulo tratará ainda da questão afeta à proteção ambiental, sua base principiológica e os mecanismos para o seu exercício.

O capítulo subsequente - O processo, instrumento social de controle e prestação estatal - trará uma abordagem acerca do processo como norma e sua concepção, a evolução histórica

do processo por meio de seus modelos, a teoria do processo, a ciência e a norma, além de discutir a jurisdição como o poder de impor o direito.

O terceiro capítulo – tutelas jurisdicionais diferenciadas e técnicas processuais – estará mais detido às tutelas jurisdicionais diferenciadas e técnicas processuais, abordando a tutela de direito e tutela jurisdicional, tutela diferida de direitos, pronunciamento jurisdicional e decisão, a insuficiência da tutela condenatória, a tipologia da prestação jurisdicional, a superação do modelo processual a partir da perspectiva instrumental, além de trazer questões afetas às dificuldades da tutela jurisdicional e técnica processual, técnicas processuais de dinamização do processo, técnicas de influência na cognição jurisdicional e técnicas processuais de realização da tutela jurisdicional.

O derradeiro capítulo fechará o trabalho abordando as tutelas jurisdicionais de urgência no novo CPC e buscará aproximar a temática discutida ao longo dos demais capítulos das questões ambientais, sobretudo no que se refere ao dano, para tanto será desenvolvido um breve histórico do novo CPC, serão discutidos os conceitos de dano, para então adentrar, sem a pretensão de esgotar o assunto, nas especificidades do novel diploma quanto à matéria ambiental.

Quanto à metodologia adotada considera-se que a forma de abordagem é qualitativa tendo em vista que se realiza uma interpretação profunda sobre o problema proposto. Os métodos, por sua vez, compreendem-se como descritivos por explicarem o porquê dos fenômenos em questão. Diante disso, o método é indutivo em razão dos objetivos serem criados de dentro para fora. A pesquisa é bibliográfica, a partir de livros, periódicos, artigos em revistas especializadas, dissertações de mestrado e teses de doutorado, além dos veículos virtuais compatíveis.

A dissertação se propõe a transcender a esfera meramente conceitual, ao passo que busca ressaltar a importância do processo para a efetiva tutela do meio ambiente.

1 – A SOCIEDADE, O DIREITO E O MEIO AMBIENTE.

Se soubesse que o mundo se desintegraria amanhã, ainda assim plantaria a minha macieira. O que me assusta não é a violência de poucos, mas a omissão de muitos. Temos aprendido a voar como os pássaros, a nadar como os peixes, mas não aprendemos a sensível arte de viver como irmãos. – Martin Luther King¹

1.1 O HOMEM COMO UM SER SOCIAL

A busca da origem do homem como ser social, conduz a verificação de que a relação homem e sociedade antecede até mesmo a era cristã. A história revela que por volta de -3000 ao século V antes de Cristo, já havia relatos do estabelecimento de sistemas sociais. Assim ensina KI-ZERBO (2010, p. 825):

Quando os primeiros textos egípcios aparecem, por volta de -3000, os sistemas sociais já estão estabelecidos, ao que parece, em todo o vale do Nilo e praticamente não evoluem daí em diante. Ao norte, temos um sistema de monarquia de direito divino governando um grupo de indivíduos iguais perante o rei, pelo menos teoricamente. Ao sul, o sistema é aparentemente menos rígido, e em virtude do nomadismo, ou seminomadismo, um sistema baseado em grande parte na família, manteve -se provavelmente durante quase todo o período que vai de -3000 ao século V antes da Era Cristã. Será apenas no final desse período que o vale do Nilo, entre a Primeira Catarata e a confluência do Nilo Branco e do Nilo Azul (talvez ainda mais ao sul) conhecerá um regime social provavelmente semelhante ao do vale egípcio.

Observa-se, portanto, que as relações sociais humanas se encontram arraigadas à própria história da origem do homem na terra. Ainda sob o viés histórico, verifica-se que os homens, desde os tempos mais remotos, procuravam agrupar-se a fim de atingir objetivos comuns.

Lecionando sobre o tema KI-ZERBO (2010, p. 840) afirma que: “Os pré-hominídeos e os homens pré-históricos africanos viveram em rebanhos, depois em bandos, em grupos e em equipes organizadas graças às tarefas técnicas concretas que eles, para sobreviverem e viverem melhor, só podiam realizar em grupo”.

¹ Martin Luther King, Jr. foi um importante pastor evangélico e ativista político norte-americano. Lutou em defesa dos direitos sociais para os negros e mulheres, combatendo o preconceito e o racismo. Defendia a luta pacífica, baseada no amor ao próximo, como forma de construir um mundo melhor, baseado na igualdade de direitos sociais e econômicos. Disponível em < http://www.suapesquisa.com/biografias/luther_king.htm > Acesso em 12 Out. 2015.

No mesmo sentido, Oliveira (2010, p. 9) expõe que “desde as suas origens, há cerca de 190 mil anos, o homo sapiens moderno, espécie à qual pertencemos, se constituiu por meio de grupos”, afirma o autor que “os primeiros seres humanos só conseguiram sobreviver nas difíceis condições do mundo que os cercava porque contaram com o apoio e a solidariedade do grupo a que pertenciam”.

Há ainda, quem chame atenção para a relação entre sobrevivência humana, vivência em grupo e modo de produção adotada, Coêlho (2012, p.4) menciona que:

A primeira coisa que o homem faz juntamente com seu semelhante é produzir para viver. Produzindo, convivem. O modo de conviver vai depender, então, do modo como produzem. Não são, ou foram, as sociedades “caçadoras” diversas das sociedades “pastoras” no modo como se estruturaram? ”.

Sob o ponto de vista religioso, é possível encontrar, já no primeiro livro bíblico, Gênesis 2:18, uma passagem que evidencia, de forma absolutamente clara, a necessidade ínsita do homem de se relacionar com outros seres, não seres quaisquer, mas alguém semelhante, vejamos: “e disse o Senhor Deus: Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma ajudadora idônea para ele” (BIBLIA, 2013, p.4).

Esta passagem do livro de gênesis, a qual retrata a criação da mulher, demonstra que juntamente com o homem nasce à necessidade de relacionar-se com o próximo, esta relação, expressa biblicamente de modo bilateral, posteriormente dará ensejo a toda a base da sociedade, inclusive no que se refere aos princípios básicos e norteadores da convivência coletiva².

Sob a perspectiva da filosofia, encontra-se em Aristóteles (2009, p.12) importante referência sobre a inserção do homem na sociedade:

Assim, o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz. Estes são apenas a

² Estas normas de conduta estão evidenciadas em alguns dos dez mandamentos, vejamos:

(...)

Honra a teu pai e a tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá.

Não matarás.

Não adulterarás.

Não furtarás.

Não dirás falso testemunho contra o teu próximo.

Não cobiçarás a casa do teu próximo, não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo.

(Êxodo 20:12-17)

expressão de sensações agradáveis ou desagradáveis, de que os outros animais são, como nós, capazes. A natureza deu-lhes um órgão limitado a este único efeito; nós, porém, temos a mais, senão o conhecimento desenvolvido, pelo menos o sentimento obscuro do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto, objetos para a manifestação dos quais nos foi principalmente dado o órgão da fala. Este comércio da palavra é o laço de toda sociedade doméstica e civil. O Estado, ou sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza'. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade. O primeiro que a instituiu trouxe-lhe o maior dos bens. Mas, assim como o homem civilizado é o melhor de todos os animais, aquele que não conhece nem justiça nem leis é o pior de todos. Não há nada, sobretudo, de mais intolerável do que a injustiça armada. Por si mesmas, as armas e a força são indiferentes ao bem e ao mal: é o princípio motor que qualifica seu uso. Servir-se delas sem nenhum direito e unicamente para saciar suas paixões rapaces ou lúbricas é atrocidade e perfídia. Seu uso só é lícito para a justiça. O discernimento e o respeito ao direito formam a base da vida social e os juízes são seus primeiros órgãos.

Aristóteles imprime a ideia de que mesmo em sua individualidade é no seio do convívio social que o homem encontra sua verdadeira razão de ser, de modo tão intenso, profundo e febril que, inclusive, sob a perspectiva Aristotélica, se poderia compreender que a sociedade preexistiria ao ser individual.

Outro importante pensador a se debruçar sobre o tema foi Augusto Comte, para o qual, segundo Superti (2004, p.16), “a fisiologia cerebral do homem revelava que este possuía uma natureza de irresistível tendência social”.

A vida em sociedade permite ao homem suprir suas necessidades, desde as mais basilares até as mais efêmeras, no entanto, muito embora esta pareça uma necessidade intrínseca à condição humana, nem sempre estar em convívio social é uma tarefa simples, tal fato fica muito bem ilustrado nos escritos de Freud (1921. p.128), no qual, em alusão a uma metáfora de Schopenhauer³, se refere a um grupo de porcos-espinhos que habitam as estepes geladas dos países nórdicos, vejamos:

³ Arthur Schopenhauer (1788-1860). Filósofo alemão influenciado por Kant, desenvolveu uma filosofia pessoal, considerada pessimista e ascética. Combateu o hegelianismo dominante na Alemanha. Até 1809, Schopenhauer era estudante de filosofia na Universidade de Göttingen. Em 1811, mudou-se para Berlim, para prosseguir seus estudos, e finalmente concluiu sua dissertação em 1813, em Iena. Intitulado "Sobre a raiz quádrupla do princípio da razão suficiente", o trabalho desafiava a ideia de que o que é real é o que é racional - ou, em outras palavras, que o mundo é perceptível. Em 1814, Schopenhauer foi para Dresden, onde começou a trabalhar em seu livro mais famoso, O mundo como vontade e representação (1818). Tornou-se professor da Universidade de Berlim em 1820 (LEVENE, 2013).

Um grupo de porcos-espinhos apinhou-se apertadamente em certo dia frio de inverno, de maneira a aproveitarem o calor uns dos outros e assim salvarem-se da morte por congelamento. Logo, porém, sentiram os espinhos uns dos outros, coisa que os levou a se separarem novamente. E depois, quando a necessidade de aquecimento os aproximou mais uma vez, o segundo mal surgiu novamente. Dessa maneira foram impulsionados, para trás e para a frente, de um problema para o outro, até descobrirem uma distância intermediária, na qual podiam mais toleravelmente coexistir.

Neste sentido, verifica-se que a vida em grupo, muitas vezes desafiadora, permite ao ser humano não apenas satisfazer necessidades básicas, mas, possibilita a este a garantia da manutenção de sua própria sobrevivência. Segundo Coêlho (2012, p.04) “homem é, antes de tudo, um ser de necessidades ou homo necessitudinis”, é sempre preciso comer, dormir, reproduzir-se, sobreviver.

Sob uma perspectiva mais conceitual e histórica, Oliveira (2015) ao dissertar sobre o tema afirma que:

Sociedade, portanto, em campo mais amplo, nasceu com a criação do homem, conceituando-se como a convivência em grupos organizados, formados por homens ou animais, sujeitando-os às mesmas regras, costumes e leis. Neste particular aspecto, sobressai o homem como organizador e mentalizador das diversas formas de convivência em sociedade, inclusive, levando sua influência nos agrupamentos de animais irracionais.

O sentimento gregário inerente aos seres humanos parte não apenas da necessidade de sobrevivência, como já brevemente mencionado, mas pela peculiaridade que cada ser humano guarda em se conduzir também por aspectos psicológicos, características estas que tornam esta convivência coletiva tão necessária.

Desde a mais tenra idade os seres humanos buscam este contato com outros seres, o filho com a mãe, mais tarde na própria família com os demais membros, na escola, na igreja, no trabalho, ou seja, os seres humanos estão sempre inseridos em círculos, em busca de interação e conexão social.

Muito embora, como visto até aqui, o homem tenha esta necessidade de estar em sociedade, nem sempre esta relação foi pacífica, as relações sociais também são marcadas por relações de poder, de subjugação e de intensos conflitos.

Karl Marx e Engels (1999, p.7) imprimem em suas ideias a noção clara da exploração do homem pelo homem, para os estudiosos a história das sociedades tem sido a história das lutas de classes, vejamos:

Homem livre e escravo, patrício e plebeu, barão e servo, mestre de corporação e companheiro, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária, da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em luta. Nas primeiras épocas históricas, verificamos quase por toda a parte, uma completa divisão da sociedade em classes distintas, uma escala graduada de condições sociais. Na Roma antiga encontramos patrícios, cavaleiros, plebeus, escravos; na Idade Média, senhores, vassallos, mestres, companheiros, servos; e, em quase que em cada uma destas classes, novas divisões hierárquicas.

A relação social marcada pelo antagonismo existente entre exploradores e explorados, tal como identificada por Marx e Engels, ganha destaque nos registros históricos por volta do século XVIII, período este marcado por intensas mudanças nas relações humanas, o homem antes objeto, um mero produto do meio, estagnado, condenado e preso à sua condição estamental⁴, passa a ser visto como um sujeito de direitos, princípios como liberdade, igualdade e fraternidade são massificados e reconhecidos como cerne da própria condição humana.

Este cenário, que ganha contornos ainda mais precisos em virtude da Revolução Francesa (França, 1789) e da Revolução Industrial (Inglaterra, 1780 a 1860), mostra-se propício ao desenvolvimento de estudos afetos às questões sociais.

Tomazi (2000, p.235) leciona que:

A sociologia, no contexto do conhecimento científico, surgiu como um corpo de ideias a respeito do processo de constituição, consolidação e desenvolvimento da sociedade moderna. Ela é fruto da Revolução Industrial e é denominada “ciência da crise”, porque procurou respostas às questões sociais impostas por essa revolução.

As grandes mudanças vivenciadas pela Europa do século XVIII, mudanças estas que repercutiram de modo decisivo na vida social da população, sobretudo em virtude do intenso processo de industrialização e urbanização da sociedade capitalista que ali se implantava, implicaram também em mudanças nos costumes e tradições, tais como a família patriarcal, a

⁴ Constitui uma forma de estratificação social com camadas mais fechadas do que classes sociais, e mais abertas do que as castas, ou seja, possui maior mobilidade social que no sistema de castas, e menor mobilidade social do que no sistema de classes sociais. É um tipo de estratificação ainda presente em algumas sociedades. Nessas sociedades, do presente ou do passado, o indivíduo desde o nascimento está obrigado a seguir um estilo de vida predeterminado, reconhecidas por lei e geralmente ligadas ao conceito de honra, embora exista alguma mobilidade social. Historicamente, os estamentos caracterizaram a sociedade feudal durante a Idade Média. Na obra de Max Weber, o conceito de estamento é ampliado. Passa a significar não propriamente um corpo homogêneo estratificado, mas sim uma certa teia de relacionamentos que constitui um determinado poder e influi em determinado campo de atividade. Podemos afirmar que, no estamento, cada estrato deve obedecer leis diferenciadas. Por exemplo, na sociedade feudal os direitos e deveres de um nobre eram diferentes dos direitos e deveres de um servo (DICIONÁRIO VIRTUAL, 2015).

servidão e o trabalho manufatureiro, dando início à indústria capitalista e a um novo modo de viver em sociedade.

Este novo modo de viver demanda o estabelecimento de regras e normas a fim de garantir maior controle, seu fim precípua é assegurar à sociedade um ambiente de harmonia e de paz social, neste contexto, o Estado ganha papel de destaque. É o que veremos no próximo tópico.

1.2 O ESTADO E A NECESSIDADE DO CÓDIGO DE PRESCRIÇÃO DE CONDUTAS

Com o passar do tempo, as sociedades foram tornando-se cada vez mais complexas, a maior complexidade também implicou na quebra de regras basilares de convivência humana. Alguns comportamentos passaram a ser repudiados pelo grupo, o que tornou ainda mais latente a dualidade entre o certo e o errado, sobretudo porque tais conflitos eram vivenciados dentro dos próprios grupos sociais. O estabelecimento de regras tornou-se ponto central, uma condição de sobrevivência dentro das sociedades.

Dissertando sobre o tema Neves (2003, p.2) explica que:

(...) a organização dos grupos humanos, visando a seu perfeito funcionamento como estrutura devidamente organizada e efetivamente eficiente, só se poderia fazer lançando-se mão de regras e princípios conhecidos por todos, e assim pudessem, por isto mesmo, ser seguida(o)s por todos. Se impostas tais regras por quem pudesse efetivamente fazê-lo, ou decididas pela aceitação de todos componentes do grupo, já é fato que pode levar ao refinamento do estudo do fenômeno jurídico a se desenvolver naquele grupo, pela possível introdução da ideia de Estado, que estaria num nível acima das ideias básicas até agora referidas. De qualquer forma, ainda que fosse o indivíduo executor da força armada, o defensor do grupo, na escala organizacional das atividades do grupo, que, por hipotética hipertrofia de suas funções grupais, passasse a ditar aos outros a maneira de se conduzirem no dia-a-dia (obviamente por razões que vão ao encontro do desejo da sobrevivência do grupo como tal, preocupação que, ao fim e ao cabo, pretende legitimar toda a atividade “ditatorial” de regras), ainda assim essas regras ditadas tendem a ser mais internalizadas pelo grupo – é dado empírico - quanto mais vão ao encontro do seu modo de vida, ou menos o violentem.

Para Dallari (1998, p.13) o simples agrupamento humano, com um objetivo a fim, não seria suficiente para assegurar a consecução do objetivo almejado, ao passo que é imprescindível que os membros da sociedade passem a se manifestar em conjunto, sempre visando àquele fim. No entanto, para garantir a orientação das manifestações num determinado sentido e para obter uma ação harmônica dos indivíduos que compõem a sociedade, preservando-se a liberdade de todos, é preciso que a ação conjunta seja ordenada.

Esta ação conjunta e ordenada passa a ser exercida por um ente dotado de soberania, para o qual, transfere-se parcela da liberdade individual visando o bem-estar comum, fala-se aqui do Estado.

A origem da conformação das sociedades em Estados remonta a tempos antigos. Bobbio (1987, p. 73) entende que o Estado tem origem a partir do desfazimento da comunidade primitiva e da ampliação das sociedades por meio da reunião de vários grupos familiares, vejamos:

(...) o Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento e externas (a defesa)).

Ao fazer um estudo sobre o surgimento do Estado, Dallari (1998, p. 22) expõe a ideia de que:

A denominação Estado (do latim status estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em "O Príncipe" de MAQUIAVEL, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, stato di Firenze. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de estados a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome Estado, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à sociedade política dotada de certas características bem definidas. A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior fixaram as regras de convivência de seus membros.

Observa-se, portanto que a concepção de Estado está atrelada à ideia de exercício de poder por intermédio de uma autoridade superior, sendo, portanto, constituída por intermédio da persecução da harmonia e das necessidades coletivas em detrimento dos anseios individuais, em outras palavras, conforme já mencionado neste trabalho, trata-se da transferência de parcela da liberdade individual em prol das necessidades de harmonia e das garantias dos interesses coletivos.

Sobre o surgimento do Estado, Cabral (2015, p.22) menciona que autores com Engels e Marx consideram a formação do Estado sob o prisma econômico – o surgimento do Estado, portanto, estaria atrelado ao “nascimento da propriedade privada e à divisão de classes, como um poder político que tem como função "manter o domínio de uma classe sobre outra" a fim

de manter a ordem e impedir que a sociedade dividida em classes se transforme num estado de permanente anarquia”.

Friede (2015, p.1) menciona que importantes filósofos já retratavam a importância do Estado para a manutenção da ordem e da conciliação das necessidades individuais com os anseios coletivos:

ARISTÓTELES (385-322 a.C), discípulo de PLATÃO, já afirmava que o Estado era o elemento fundamental para prover as condições para a ordem perfeita (nomos) e a lei o instrumento para a racionalização desta. HOBBS (1588-1679) já apregoava o Direito como produto do Estado para proteger os cidadãos contra inimigos externos e discórdias internas. ROUSSEAU (1712-1778), traduzindo o Estado através de um contrato social, defendia o Direito como mecanismo de conciliação entre a vontade individual e o bem coletivo. MONTESQUIEU (1689-1775) interpretava o Estado, simplesmente, como o “sujeito que estabelece normas”. DURKHEIM (1858-1917), MAX WEBER (1864- 1920), H. LEVY-BRUHL (1857-1939) e R. POUND (1870-1964), por sua vez, creditavam ao Estado a natureza institucional, associando o Direito como elemento, respectivamente, de conexão com a coação organizada, disposição da ordem coercitiva, de criação de normas obrigatórias e de controle do processo de reconhecimento e realização das necessidades humanas.

Nader (2003, p. 129-130) explica que “a questão da origem do Estado encontra-se envolvida por uma névoa de incerteza, que gera, na doutrina, uma pluralidade de opiniões, que se guiam mais por motivos instintivos ou lógicos do que por razões históricas propriamente”, continua o autor mencionando que há pelo menos quatro teorias sobre a origem do Estado, Teoria do Contrato Social, Teoria Patriarcal, Teoria Matriarcal e a Teoria Sociológica:

1. **Teoria do Contrato Social** - Esta concepção não surgiu com o objetivo de apresentar uma explicação histórica para a formação do Estado, mas para esclarecer a sua fundação racional. Foi divulgada principalmente pelos adeptos da Escola de Direito Natural e suas raízes se localizam na filosofia epicurista. O contrato social é uma ideia ligada ao estado de natureza. Quando os homens passaram do status naturae para o status societatis, teria havido um pacto de harmonia (pactum unionis), por força do qual se obrigariam a viver pacificamente. Concomitantemente, ou em um segundo momento, o povo, criado pelo pactum unionis, firma um outro contrato, o pactum subjectionis, em virtude do qual os homens em sociedade se submetiam a um governo por eles escolhido. Essa doutrina, conforme acentua Del Vecchio, tem mais a finalidade de mostrar como o poder político emana do povo e reivindicar para este o direito soberano. Foi Rousseau quem apresentou e analisou o contrato social apenas como fator explicativo e não como um fato historicamente havido. 2. **Teoria Patriarcal** - A presente teoria teve em Sumner Maine (1822-1888) o seu principal expositor, que a desenvolveu em sua obra As Instituições Primitivas. A ideia básica desta concepção é a de que, no passado mais remoto, a única organização social que existia era representada pelas famílias separadas. Em cada um desses núcleos, formados pela agrupação de consanguíneos, a autoridade competia ao ascendente varão mais antigo, que possuía um poder absoluto sobre a vida e a morte de seus integrantes. Quanto à descendência, esta se definia pela linha masculina, a partir de um antepassado varão. Segundo a teoria patriarcalista, a evolução que a seguir se processou teve as seguintes etapas: família patriarcal, gens, tribo, cidade, Estado. Maine fundou o seu estudo em pesquisas que encetou sobre a organização de alguns povos antigos, entre

os quais o hindu, grego, romano, germano etc. 3. **Teoria Matriarcal** - Para o matriarcalismo, a vida humana se desenvolveu, primeiramente, pela liorda, em que os indivíduos eram nômades e não possuíam normas definidas. Nessa fase não havia sequer a noção de família ou de parentesco. A promiscuidade sexual era absoluta (eterismo). Tal hipótese foi formulada por Bachofen, em sua obra *Direito Materno* (1861). Para o matriarcado, que teve em Lewis Morgan (1818-1881) o seu principal expositor, por sua obra *A Sociedade Primitiva* (1871), a filiação feminina antecedeu à masculina e a chefia da família competia à mãe, enquanto que o pai, ou não era membro da família, ou ocupava uma posição subordinada (período do direito das mães). Apenas em uma etapa mais adiantada é que a família teria se organizado com a preeminência do pai. 4. **Teoria Sociológica** - Entre os adeptos da presente teoria, destaca-se o nome do eminente sociólogo francês Émile Durkheim (1858-1917) que, em sua obra *Formas Elementares da Vida Religiosa* (1912), sustentou a ideia de que os primeiros grupos não foram constituídos pela família, mas pelo clã, constituído não por vínculos de parentesco, mas pela identidade de crença religiosa. Os membros do clã acreditavam na existência do totem, que seria o antepassado místico do qual eram descendentes. O Estado teria surgido como decorrência da evolução da organização clânica para a territorial, em que os laços espirituais já não decorriam do totemismo, mas do fato de ocuparem uma igual área geográfica.

Nota-se que a origem do Estado pode ser percebida sob diversos aspectos, que embora diferentes, somam-se, pois possuem um ponto comum, qual seja, a evolução da organização humana.

O Estado, tal qual o conhecemos hoje, foi fruto de intensas mudanças nas relações sociais, juntamente com o Estado organizado nasce a necessidade do estabelecimento formal de condutas a serem seguidas, surgindo, por consequência, o direito. Trata-se não da simples noção nata de condutas reputadas como adequadas, mas do instrumento jurídico legitimamente reconhecido pelo Estado, vejamos:

As normas que qualquer outra sociedade expedir para sua própria organização e funcionamento são de caráter meramente social e somente se tornam jurídicas quando reconhecidas pelo Estado ou admitidas na ordem jurídica estatal. Os grupos sociais minoritários que existem no Estado podem ser regulados por um código próprio de normas, mas estas somente serão consideradas como ordens jurídicas válidas apenas no âmbito interno, pois, se observadas do lado de fora, isto é, do ponto de vista da ordem estatal, ficam imediatamente privadas de autonomia. Se forem contrárias à ordem jurídica estatal, serão eliminadas (...). (...) Mesmo uma empresa criminosa organizada, denominada *societas sceleris*, pode apresentar uma hierarquia com especificação de direitos e deveres, e suas normas podem, até, ser análogas às normas (Resta evidente, por outro lado, que a temporariedade relativamente à exteriorização de um reconhecido direito paralelo, especialmente de natureza paraestatal, - concorrendo diretamente com o direito estatal (e, em alguns casos, até mesmo desafiando a ordem jurídico-política oficial) -, depende, sobretudo, da capacidade efetiva de projeção da soberania (e de seu consequente poder de concreção) do Estado, na exata medida que em sendo a soberania um conceito meramente abstrato, somente através da exteriorização de característicos elementos de força (militar, econômica, política e psicossocial) é verdadeiramente possível a efetiva e concreta existência do Estado como genuína realidade político-jurídica.) do Estado, mas nunca serão idênticas, pois não são verdadeiras. Autênticas normas jurídicas são o contrário disso: seus membros agem em aberto contraste com a ordem jurídica que tutela um determinado conjunto de valores sociais (GROPALI APUD FRIEDE, 2015, p.3-4)

O convívio humano ao longo dos tempos mostrou que as relações intersubjetivas são focos de tensões que, no mais das vezes, tendem a contribuir pouco para as necessidades humanas. Com o propósito de planificar a conduta humana, elegendo um comportamento paradigma, a sociedade criou o Direito, ou no dizer de Coêlho (2012, p.36), “da vida em sociedade brota o Direito” – “ex facto oritur jus”.

Pois, sabendo, que o homem é um ser social, e onde há a sociedade, há o Direito – “ubi societas, ibi jus”, assim, o direito assume a concepção instrumental de eficaz técnica de organização social e de planificação de comportamentos humanos. Isto é, o Direito é basicamente prático, finalístico, teleológico. Na lição de Coêlho (2002, p.8), para quem “o direito e o útil são uma só e a mesma coisa”:

[...] no dizer antigo dos romanos, cujo pragmatismo gerou um império que durou quinze séculos: *terrae e mare nostrum* proclamavam os do Lácio, pois manejavam com mestria (sic) os cordéis da dominação: o conhecimento, o comércio, as armas e o direito.

Verifica-se, portanto, que o Estado, como ente legitimamente constituído para assegurar a permanência coesa das sociedades, é também o ente dotado de capacidade para dizer o direito, sobretudo, porque este é, em tese, o representante dos interesses coletivos.

Segundo Chauí (2000, p. 521) “ O Estado, através da lei e da força, tem o poder para dominar – exigir obediência – e para reprimir – punir o que a lei defina como crime. Seu papel é a garantia da ordem pública”.

Seja sob o viés econômico, seja sob a perspectiva de manutenção da ordem e da paz social, seja para manutenção da sobrevivência, não se pode olvidar, que é por meio do direito que o Estado legitima o exercício do seu poder, tendo, portanto, direito e Estado, relação indissociável. É o que veremos de forma mais detida no tópico seguinte.

1.3 O DIREITO COMO ORDENADOR DAS CONDUTAS

O direito é o instrumento legitimador da atuação estatal, é também aquele que possibilita que as sociedades se organizem, que os indivíduos coexistam em harmonia.

Ao traçar a relação entre Estado e Direito, Nader (2003, p. 125) assevera que:

O Direito emana do Estado e este é uma instituição jurídica. Da mesma forma que a sociedade depende do Direito para organizar-se, este pressupõe a existência do Poder Político, como órgão controlador da produção jurídica e de sua aplicação. Ao mesmo tempo, a ordem jurídica impõe limites à atuação do Estado, definindo seus direitos e obrigações.

Em consonância com este pensamento, Reale (1995, p.1) explica que “ aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”.

A história revela que o direito pode ser interpretado ou compreendido por meio da sociedade que lhe deu origem, assim Wolkmer (2006, p. 16) leciona que:

O direito arcaico pode ser interpretado a partir da compreensão do tipo de sociedade que o gerou. Se a sociedade pré-histórica fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do jurídico encontra-se primeiramente, nos laços de consanguinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições.

O direito, portanto, assim como o Estado, passa a ser formatado a partir das relações sociais desenvolvidas. Desde tempos remotos à era cristã, o direito demonstra-se como o meio mais eficaz para assegurar a manutenção da ordem social.

O direito escrito, por sua vez, consolida-se a partir da difusão da escrita e, como consequência, a compilação dos mais diversos preceitos normativos permite que este se consolide no tempo:

A inversão e a difusão da técnica da escritura, somada à compilação de costumes tradicionais, proporcionam os primeiros códigos da Antiguidade, como o de Hamurabi⁵, o de Manu, o de Sólon e a Lei das XII Tábuas. Constatam-se, destarte, que os textos legislados e escritos “eram melhores depositários do direito e meios mais eficazes para conservá-lo que a memória de certo número de pessoas, por mais força que tivessem em função de seu constante exercício (WOLKMER, 2006, p. 16)

Apenas para que se tenha ideia da importância da escrita no direito, verifica-se que na Grécia, até mesmo as leis de Sólon, mais democráticas que as anteriores, aumentaram o controle da cidade sobre a vida dos habitantes. “Como exemplos, tem-se o controle das atividades econômicas e a ideia de serviço político como obrigação de todo cidadão. Dessa forma, a promulgação de uma legislação escrita estabelecia a autoridade da cidade sobre seus habitantes” (SOUZA, 2006, p.58).

⁵ Sobre o Código Hamurabi é importante consignar que este, foi descoberto na Pérsia, em 1901, por uma missão arqueológica francesa, o documento legal, gravado em pedra negra, encontra-se hoje no Museu do Louvre.43 O Código foi promulgado, aproximadamente, em 1694 a.C., no período de apogeu do império babilônico, pelo rei Hammurabi. Ele é composto por 282 artigos, dispostos em cerca de 3600 linhas de texto, que abrangem quase todos os aspectos ligados à dinâmica da sociedade babilônica, desde penas definidas com precisão de detalhes até institutos do direito privado, passando, ainda, por uma rigorosa regulamentação do domínio econômico. O Código representa, ainda hoje, uma das principais fontes históricas disponíveis para o estudo da antiga Mesopotâmia. Tudo indica, na verdade, que se trata de uma grande compilação de normas anteriormente dispostas em outros documentos44 e de decisões tomadas em casos concretos, que serviram de base para a elaboração dos artigos (PINTO, 2006, p. 39).

Em Roma o direito escrito também tem forte expressão, tendo sido este, inclusive, o “primeiro a conceber a autonomia da ciência jurídica, tendo nisso 13 séculos de experiência que nos legou o que hoje se denomina Direito Romano⁶” (VÉRAS NETO, 2006, p.107).

A influência do direito romano sobre os direitos nacionais europeus foi tão significativa que perdura até os dias atuais. “Uma das grandes divisões do direito comparado é o sistema romano-germânico, adotado por diversos Estados continentais europeus e baseado no direito romano. O mesmo acontece com o sistema jurídico em vigor em todos os países latino-americanos” (VERSIANI, 2015, p.2).

Embora este não seja o único instrumento de controle social, só o direito é dotado de coerção, esta característica tão peculiar, faz com que este tenha um maior potencial de efetividade. Neste sentido diz Nader (2003, p. 29):

O Direito não é o único instrumento responsável pela harmonia da vida social. A Moral, Religião e Regras de Trato Social são outros processos normativos que condicionam a vivência do homem na sociedade. De todos, porém, o Direito é o que possui maior pretensão de efetividade, pois não se limita a descrever os modelos de conduta social, simplesmente sugerindo ou aconselhando. A coação – força a serviço do Direito – é um de seus elementos e inexistente nos setores da moral da Moral, Regras e Trato Social e Religião. Para que a sociedade ofereça um ambiente incentivador ao relacionamento entre homens, é fundamental a participação e colaboração desses diversos instrumentos de controle social. Se os contratos sociais se fizessem exclusivamente sobre os influxos dos mandamentos jurídicos a socialização não se faria por vocação, mas sobre a influência dos valores de existência. Os negócios humanos, por sua vez, atingiriam limites de menos expressão. A convivência não existiria como um valor em si mesma, pois teria um significado restrito de meio.

As ideias trazidas por Nader demonstram que o direito se distingue dos demais instrumentos de controle social, sobretudo por ser este o único que emana do Estado, não de forma facultativa, mas imperativamente, de tal modo que não há discricionariedade quanto ao cumprimento de seus preceitos, além de ser este, como já mencionado, dotado de coercitividade, tal característica é o que possibilita ao Estado o exercício da intimidação sobre os destinatários das normas jurídicas.

Consoante visto até aqui, a vida em sociedade demanda submissão às regras impostas pelo Estado, esses imperativos legais buscam garantir não apenas uma convivência

⁶ Segundo Véras Neto (2006, p.107) os romanos não deixaram de conceber em termos jurídicos uma das instituições mais duradouras e controversas da civilização humana, o direito de propriedade, que define em grande parte a divisão da sociedade em classes, determinando o poder econômico e político para quem detém o poder jurídico de dispor sobre a propriedade. A Lei das XII Tábuas já protegia a propriedade, punindo aqueles que contra ela atentassem, furtando-a, danificando-a, etc.

harmônica, mas a manutenção das bases primordiais à sobrevivência humana, tais alicerces, centram-se, também, na questão ambiental. É sobre esta relação que trataremos a seguir.

1.4 A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO HOMEM-NATUREZA

A relação homem e natureza é tão antiga quanto à própria origem do homem na terra. Desde os primórdios o homem interfere no meio ambiente ecológico, ora para subsistir-se, ora para apoderar-se. Neste sentido dizem Sparemburger e Silva (2005, p.82):

Desde o surgimento do homem na Terra, existe uma modificação na natureza. Assim, o processo de degradação do meio ambiente se confunde com a origem do homem. Antigamente acreditava-se que este seria julgado por tudo aquilo que fizesse contra a natureza. Esta era uma criação divina e deveria ser respeitada, logo, o homem não a agredia indiscriminadamente e dela retirava só o necessário para o seu sustento. Ainda assim, o homem modificou o seu ambiente a fim de adequá-lo às suas necessidades. Com isso, as agressões de grande porte começaram nas idades Média e Moderna, especialmente na fase da Revolução Industrial.

Corroborando este entendimento, Gonçalves (2008, p.172) menciona que, nos primórdios, a relação homem e natureza era envolvida por mitos, justamente por ser esta uma relação divina cada fenômeno natural era associado a um deus, ou seja, uma entidade responsável e organizadora da vida no universo: o deus do sol, do mar, da Terra, dentre outros. “O medo da vingança dos deuses era o moderador do comportamento dessas pessoas, impedindo uma intervenção desastrosa, ou, sem uma justificativa plausível ante a destruição natural”.

Na bíblia, (Gênesis 1:26-30), vemos impressa a relação de subordinação da natureza em relação ao homem:

E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. E Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra. E disse Deus: Eis que vos tenho dado toda a erva que dê semente, que está sobre a face de toda a terra; e toda a árvore, em que há fruto que dê semente, ser-vos-á para mantimento. E a todo o animal da terra, e a toda a ave dos céus, e a todo o réptil da terra, em que há alma vivente, toda a erva verde será para mantimento; e assim foi.

A relação de domínio do homem sobre a natureza contribuiu consideravelmente para a massificação da ideia de perenidade dos recursos ambientais e da falta de limites da ação humana sobre o seu meio natural.

Ao estudarmos as concepções da natureza numa perspectiva histórica, temos o seguinte cenário:

Quadro 1: Concepções de natureza, suas relações com o ambientalismo e contribuições para a sustentabilidade

CONCEPÇÕES DE NATUREZA	CARACTERÍSTICAS CENTRAIS	VERTENTES IDEOLÓGICAS DO AMBIENTALISMO	CONTRIBUIÇÕES PARA A SUSTENTABILIDADE
PRÉ- SOCRÁTICA E GREGA CLÁSSICA	- Natureza como coisa em si mesma, autoemergente e matricial (Physis) - Caráter teleológico	BIOCENTRISMO ECOCENTRISMO/ HOLISMO	Igualitarismo biosférico, com retorno à esfera de relações comunitárias de vida.
MEDIEVAL	- Inesgotável fonte de recursos (cornucópia) assim como local passageiro rumo à eternidade onde haveria a perfeição.	ANTROPOCENTRISMO TECNOCENTRISMO	Não houve preocupações expressivas devido à estagnação das ideias e das forças produtivas durante o feudalismo, exceto, talvez a concepção de vida telúrica
RENASCENTISTA	- Natureza como sucessão de fenômenos - Homem separado da natureza	ANTROPOCENTRISMO	Dominação humana sobre a natureza pelo advento de novas técnicas, sem preocupação com o esgotamento dos bens ambientais.
ROMÂNTICA	- Ênfase na subjetividade em oposição ao racionalismo	BIOCENTRISMO ECOCENTRISMO	Valorização da natureza em si mesma, com ênfase ao preservacionismo.
MODERNA	- Natureza enquanto máquina regida por leis externas a si mesma, logo, passível de regulação e de completo domínio pelo homem.	ANTROPOCENTRISMO TECNOCENTRISMO (EXARCEBADO)	Auge da visão de progresso da humanidade, ainda que obtido à custa da degradação da natureza
CONTEMPORÂNEA	- Natureza como condição e parte integrante do processo de reprodução social (Marxismo). - Consciência dos limites planetários e das conexões com o Todo. - Crise ambiental	ANTROPOCENTRISMO TECNOCENTRISMO (MODERADO) BIOCENTRISMO ECOCENTRISMO HOLISMO	Transformação das relações capitalistas de produção, controle do consumismo, economia de pequena escala, matriz energética e industrial baseada em tecnologias limpas e em relações econômicas mais justas.

Fonte: Souza (2007, p.80),

O quadro acima evidencia que, na antiguidade clássica, o modo de viver é diretamente influenciado pelas condições naturais, constata-se também que há uma enorme preocupação com as sanções divinas que poderiam advir em função do desrespeito para com o meio ambiente. Neste sentido são as lições de Sirvinskas (2003, p.12):

Os povos da Antiguidade começaram a valorizar suas terras que eram banhadas pelos rios, pois, com o transbordamento, os húmus adubavam as margens, tornando-as mais férteis para a plantação. A partir daí as cidades eram edificadas em torno dos rios. A vida da cidade obedecia ao regime destes. O homem passou a se adequar às variáveis dos cursos das águas. O documento mais antigo que se tem conhecimento, comprovando esses fatos, sob o ponto de vista individual, é a famosa Confissão Negativa. Tratava-se de um papiro encontrado com as múmias do Novo Império Egípcio. Tal documento fazia parte do Livro dos Mortos, que data de três milênios e meio. São trechos extraídos do Capítulo 126 do citado livro e passaram a fazer parte do testamento do morto, a saber: Homenagem a ti, grande Deus, Senhor da Verdade e da Justiça! / Não fiz mal algum [...] /Não matei os animais sagrados/ Não prejudiquei as lavouras [...] /Não sujei a água /Não usurpei a terra /Não fiz um senhor maltratar o escravo [...] /Não repeli a água em seu tempo /Não cortei um dique [...] /Sou puro, sou puro, sou puro! . Era muito comum, consoante se extrai desse texto, a prática de agressões contra os animais, escravos, lavouras, águas, terra, etc. Esse documento era uma confissão que o morto deveria levar consigo para comprovar seu respeito para com aquilo que era sagrado aos Deuses.

Na era medieval, conforme descreve Silva (2006, p.15), a terra era considerada um ser vivo, orgânico e espiritual. Nesse período o indivíduo humano encontrava-se no mais elevado patamar na cadeia dos seres, de acordo com a ordem divina, de tal modo que a natureza existia para servir ao homem possibilitando a sua existência. “Nestas visões do mundo não há, entretanto, a oposição com a ideia da existência de um Criador. A natureza continua sendo considerada obra divina”.

Na era moderna, há uma ruptura quanto à visão teocêntrica que caracteriza a relação homem e natureza nos períodos anteriores. O homem que antes tinha a natureza como obra divina e temia ser punido por Deus caso a degradasse, passa a se reconhecer como o centro do universo.

A visão teocêntrica, muito presente na Idade Média dá lugar a uma visão antropocêntrica⁷, assim ensinam Silva e Tiriba (2015, p.82):

⁷ Antropocentrismo é uma concepção genérica que, em síntese, faz do Homem o centro do Universo, ou seja, a referência máxima e absoluta de valores (verdade, bem, destino último, norma última e definitiva etc.), de modo que ao redor desse “centro” gravitem todos os demais seres por força de um determinismo fatal. Em última análise, mesmo considerando-se “centro”, o Homem distancia-se dos demais seres e, de certa maneira, posta-se diante deles em atitude de superioridade absoluta, abertamente antagônica. Surgem assim as relações equivocadas (para não chamá-las às vezes perversas) de dominador x dominado, de razão x matéria, de absoluto x relativo, de finalidade última x instrumentalidade banal destituída de valor próprio. Esta corrente teve grande força no mundo ocidental, em virtude das posições racionalistas, partindo-se do pressuposto que a razão (ratio) é atributo exclusivo do Homem e se constitui no valor maior e determinante da finalidade das coisas. A tradição judaico-cristã reforçou esta posição de suposta supremacia absoluta e incontestável do ser humano sobre todos os

O deslocamento da centralidade de Deus para o ser humano, em um novo modelo de organização social que se consolidava, construiu referenciais disjuntivos que balizaram a compreensão e a ação sobre esse mundo, em que a particularidade do indivíduo humano veio crescentemente se afirmando sobre todas as demais partes que compuseram a realidade.

Esta mudança tem como uma de suas consequências o aumento da degradação ambiental, o homem passa a relacionar-se com a natureza não de forma dependente, mas de forma predatória, fato que ganha maior dimensão com a substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista.

O modo de produção capitalista gera significativos impactos no modo de vida em sociedade, sobretudo no que se refere ao consumo, isto porque, este modo de produção possui uma marcante contradição, trata-se da capacidade ilimitada de produção versus a capacidade limitada de consumo, assim, para manter-se vivo, o capitalismo gera um sentimento de necessidades incessantes de consumo nos indivíduos, o que por sua vez, causa enormes prejuízos ambientais.

Sobre o tema, diz Lustosa (2002, p. 16):

A evolução tecnológica, apesar dos grandes benefícios que traz, também pode gerar externalidades negativas, como problemas ambientais. Ao longo da história da industrialização mundial percebe-se a existência de externalidades negativas das técnicas utilizadas, que podem levar à exaustão algum recurso natural devido à alta velocidade de extração para consumo ou à geração de resíduos que não podem ser reciclados ou reutilizados no processo produtivo. Esses resíduos – também chamados de emissões – podem ser absorvidos parcial ou integralmente pelo ambiente. Quando esta capacidade assimilativa é inferior à quantidade de emissões gerada ocorre, então, a poluição. Com o crescimento da escala de produção industrial nos dois últimos séculos, aumentaram as possibilidades de exaustão de recursos naturais – livres, renováveis ou não renováveis –, e a poluição intensificouse. Devido à cumulatividade dos danos causados ao meio ambiente, os problemas ambientais atingem proporções crescentes. Além da exaustão de diversos recursos ambientais – sejam florestais, minerais ou pesqueiros –, o acúmulo de poluentes é danoso para todas as formas de vida, interferindo na sobrevivência e no bem-estar das espécies da fauna e da flora e aumentando a incidência de doenças humanas causadas pela poluição. Como consequências, são evidentes a perda de produtividade, o aumento da mortalidade e da morbidade, podendo comprometer o ritmo de desenvolvimento e crescimento das economias modernas. Diversos estudos mostram os danos causados à saúde humana por problemas de poluição atmosférica e dos corpos hídricos.

Verifica-se, portanto, que a posição do homem como o centro do universo, a mudança das relações sociais, do modo de produção e o estímulo ao consumo são fatores que geram enormes impactos ambientais, os quais passam a ser vivenciados em grande escala, de forma

demais seres, como se pode constatar em certas passagens do Apóstolo Paulo e no contexto da Filosofia Cristã (MILARÉ; COIMBRA, 2016, p.3).

cada vez mais intensa e próxima. Tal situação contribui para que o tema “meio ambiente” passe a ser cada vez mais frequente. Trataremos do assunto de forma mais detida no próximo tópico.

1.4.1 O antropocentrismo e ecocentrismo: a natureza como objeto e como sujeito de direito

Conforme estudado até aqui, verifica-se que o antropocentrismo coloca o homem como o centro do universo e a natureza como algo a ser dominado pelo conhecimento, ocupando a natureza, na era moderna, uma posição secundária. Como menciona Pequeno (2014, p.38) “a exclusão da natureza dos principais debates da Modernidade, revela a supremacia assumida pela afirmação do sujeito, cuja postura antropocêntrica tem repercussões sobre a relação homem-natureza que vigoram até os nossos dias”.

Nota-se que todos os demais elementos da natureza passam a ter maior ou menor importância jurídica conforme se tornam mais imprescindíveis ao homem. Ocorre que o aumento das catástrofes naturais somados aos diversos problemas sociais, compele os indivíduos a uma maior preocupação com a natureza, o que dará ensejo ao ecocentrismo.

Neste sentido são as lições de Milaré e Coimbra (2016, p. 8-9):

A consideração aprofundada do sentido e do valor da vida sacudiu o jugo do antropocentrismo. Sendo a vida considerada o valor mais expressivo do ecossistema planetário (já que não se conhecem outras possíveis e eventuais formas de vida em outros astros, nos moldes em que a concebemos) concentrou-se grande ênfase no seu valor. Por isso, nas duas últimas décadas a Bioética estruturou-se para responder a questões práticas, ligadas a valores, principalmente em face das questões suscitadas pela Biotecnologia. Com o foco voltado para a vida e todos os aspectos a ela inerentes, surgiu o biocentrismo. O valor vida passou a ser um referencial inovador para as intervenções do Homem no mundo natural. No dizer do médico suíço-alemão ALBERT SCHWEITZER, Prêmio Nobel da Paz, “sou vida que quer viver e existo em meio à vida que quer viver”. Nesse ínterim, a ampliação da consciência sobre a situação do planeta Terra, somada às preocupações criadas pelo processo da globalização, impulsionou rapidamente a idéia de uma Ética Global ou Ética Planetária. Entre os seus enunciados do preceito ético-ecológico, LEONARDO BOFF é categórico: “Age de tal maneira que tuas ações não sejam destrutivas da Casa Comum, a Terra, e de tudo que nela vive e coexiste conosco”. Ou: “Age de tal maneira que permita que todas as coisas possam continuar a ser, a se reproduzir e a continuar a evoluir conosco”. E ainda: “Age de tal maneira que tua ação seja benfazeja a todos os seres, especialmente aos vivos”. Tal preceito tenta remover ou neutralizar a “ética predatória” e perversa que erode o Planeta e subtrai a sustentação dos sistemas vivos e das redes que conectam os componentes do ecossistema planetário. A Agenda 21, documento consensual de governos e ONGs reunidos na ECO 92, além de lançar o mote inovador do desenvolvimento sustentável, incentivou a consciência planetária, dando sentido ao aforismo já clássico entre os ecologistas: “Pensar globalmente, agir localmente”.

O crescimento dos debates e das ações em prol da preservação dos recursos naturais possui como consequência natural o surgimento de teorias que buscam enaltecer a importância de temáticas ambientais, dando ensejo assim ao ecocentrismo⁸, isto é, um olhar mais voltado para a “Terra”.

Milaré e Coimbra (2016, p.9) acrescentam que “em semelhante contexto, as Ciências Jurídicas não podem isolar-se do processo evolutivo do saber e da abordagem do meio ambiente. Ao contrário, impõe-se um diálogo com outros saberes, para que o Direito não seja sarcófago, mas guardião do Planeta Vivo”.

Neste contexto, verifica-se que o meio ambiente ganha papel de destaque, sobretudo pelo real e iminente comprometimento da própria sobrevivência humana no planeta. Há, com acerto, a necessidade de melhor compreender o processo de produção e os impactos deste no meio ambiente, é necessário mensurar as consequências da intervenção humana e, por outro lado, desenvolver técnicas aprimoradas a reduzir ao máximo os impactos aplicados ao meio ambiente.

Deste modo, o direito passa a ter papel não apenas relevante, mas fundamental para a regulação das novas perspectivas sociais em relação ao meio ambiente, é sobre isto que nos deteremos no tópico seguinte.

1.5 O MEIO AMBIENTE COMO VALOR JURÍDICO TUTELÁVEL.

Em tópicos anteriores verificou-se que as sociedades primitivas possuíam uma relação muito próxima da natureza, suas culturas, crenças e modos de viver eram não apenas fenômenos sociais, mas fenômenos naturais.

Na era moderna e contemporânea os avanços tecnológicos aceleraram o dinamismo social, a produção humana, de tal forma que, hodiernamente, é quantitativamente e qualitativamente superior a qualquer outro momento experimentado pelo homem. Nesse

⁸ O ecocentrismo, também denominado fisiocentrismo (concede valor intrínseco aos indivíduos naturais, na maior parte também coletividades naturais como biótipos, ecossistemas, paisagens) e biocentrismo (onde o enfoque está apenas nos seres com vida, sejam individuais e coletivos), considera que a natureza tem valor intrínseco: a proteção à natureza acontece em função dela mesma e não somente em razão do homem. Tendo a natureza valor em si a sua proteção muitas vezes se realizará contra o próprio homem. Os ecocentristas buscam justificar a proteção à natureza afirmando que “dado à naturalidade um valor em si, a natureza é passível de valoração própria, independente de interesses econômicos, estéticos ou científicos” (ROLLA, 2016, p. 10-11).

cenário surge a preocupação do ser humano com a preservação dos meios naturais, os mesmos meios que outrora lhe forneceram abrigo, alimento e sustento.

O século XIX é apontado como o despertar para a proteção do meio ambiente, neste sentido lecionam Facio e Godoy (2016, p.7):

O despertar para a proteção do meio ambiente teve início ainda no século XIX. Em resposta à industrialização, alguns poetas românticos britânicos exaltaram as belezas da natureza, enquanto o escritor americano Henry David Thoreau pregava o retorno da vida simples, regrada pelos valores implícitos na natureza. Essa dicotomia perdurou até o século XX. Após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade conheceu duas novas ameaças: o risco de poluição por radiação nuclear, e o uso agrícola de pesticidas químicos sintéticos. A cientista e escritora Rachel Carson destacou “a necessidade de preservação ambiental como forma de assegurar a saúde humana e manutenção do ecossistema global”. O sentimento de fragilidade aumentou quando, em 1969, a humanidade pode ver, pela primeira vez, a imagem da Terra. Diante da imensidão do Universo, o brilho azul do planeta chamava a atenção para o fato de que vivemos em um ecossistema fechado, frágil e interdependente.

A fragilidade do planeta e as catástrofes advindas das guerras gerou intensa instabilidade, globalizando a urgência de preservação do meio ambiente e o anseio por um mundo sem guerras e sem poluição ambiental.

Com precisão, Porfírio Júnior (2002, p.29) aponta para a atualidade da questão, destacando como evento precipitador da preocupação do Direito com o meio ambiente o caso de Minamata⁹, no Japão, culminando com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972 na cidade de Estocolmo, Suécia, sendo o marco histórico do Direito Ambiental.

A Conferência de Estocolmo inseriu, definitivamente, o direito ambiental no ramo jurídico, sobretudo porque foi nesta conferência que o mundo foi alertado sobre os males que

⁹ Uma indústria produtora de acetaldeído e compostos derivados do ácido acético instalou-se na Baía de Minamata e expandiu-se rapidamente, sendo responsável por 50% da produção japonesa dessas substâncias. Cerca de 30 anos depois, começou a produzir cloreto de vinila tornando-se um forte alicerce para o esforço industrial japonês durante a Segunda Guerra. Porém, a companhia utilizava sulfato de mercúrio como catalisador na produção do ácido acético e seus derivados, e cloreto de mercúrio para a catálise do cloreto de vinila. Durante o processo de metilação do acetileno, parte do mercúrio também era metilado, liberando grandes quantidades de metal na Baía de Minamata. Nesta época Mc Alpine e Araki (1958) relataram uma misteriosa doença de sintomatologia nervosa que começou a afetar os moradores de vilas próximas à baía de Minamata, que assumiu proporções epidêmicas. O Departamento de Saúde Pública da Universidade de Kumamoto registrou 52 pacientes dos quais todos se alimentavam periodicamente de peixes oriundos desta baía. A doença se manifestou inclusive em animais que se alimentavam de peixes, afetando 61 gatos dos quais 50 vieram à óbito. A água de despejo da fábrica contendo metilmercúrio era lançada na baía, e este se acumulava nos peixes que eram consumidos pelos habitantes da região, sendo gradualmente acumulado no organismo e ocasionando intoxicações. Essa descarga ocorreu por vários anos até culminar no aparecimento dos sintomas da doença, que recebeu o nome de doença de Minamata (FERREIRA, 2006, p.20).

poderiam advir da degradação ambiental e de como isso poderia comprometer a vida em escala global.

Neste sentido são as palavras de Silva, Lacerda e Jones Júnior (2005, p.103):

Estocolmo, 1972 é tido como o ano em que o direito ambiental passou a ser reconhecido como ramo jurídico, embora diversos tratados importantes a respeito tivessem sido assinados com anterioridade e as legislações internas de diversos países tenham se ocupado com problemas ambientais, como a matéria florestal, água e outros. A Conferência de Estocolmo teve o grande mérito de haver alertado o mundo para os malefícios que a deterioração do ecossistema poderia causar à humanidade como um todo.

No Brasil, o Direito já se ocupava de tratar sobre o tema, inclusive com a edição de alguns diplomas legais acerca de determinados assuntos, datados do período imperial, conforme conta Pereira (apud ANTUNES, 2013, p.9). No entanto, apenas em 1988, com o advento da Constituição Federal, houve o estabelecimento de parâmetros mais sólidos em relação a matéria tendo sido, sem dúvida, a maior responsável por inaugurar uma nova visão a respeito do Direito Ambiental no Brasil, em seu art. 225, “caput” anuncia que todos têm direito ao meio ambiente “ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, impondo ao Poder Público e à coletividade o “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Com essas palavras a Carta Magna inaugurava a concepção de que o meio ambiente é direito que não se reporta à pessoas individualmente consideradas, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, rotulou, portanto, o direito ao meio ambiente como direito transindividual, cujos titulares são pessoas ligadas por circunstâncias de fato.

Aliás, nesse diapasão o Código de Defesa do Consumidor, segundo Cavalieri Filho (2011. p. 369), dividiu os interesses e direitos coletivos em três categorias: a dos direitos difusos, que são essencialmente coletivos, os direitos coletivos em sentido estrito, que são coletivos propriamente ditos e os direitos individuais homogêneos, que são de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados.

Importante não perder de vista que a recente preocupação com o meio ambiente está ínsita ao programa de Direitos Humanos, ditos de terceira geração, ao lado de outros interesses de titularidade coletiva ou difusa, a exemplo do direito à paz, ao progresso e à defesa do consumidor, consagram os valores modernos de solidariedade e fraternidade cultivados em germe pela ideologia da Revolução Francesa em 1789, conforme a percepção

de Ferreira Filho, citado por Moraes (2012, p. 30.) nos seguintes termos: “A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.

Em consideração a natureza do plexo de direitos ao meio ambiente saudável, que mais do que direitos coletivos, são direitos difusos, pois são transindividuais, chama a atenção Porfírio Júnior (2002, p. 34), que não é suficiente que se reconheça a todos um direito subjetivo ao meio ambiente sadio, mas também que a esse direito correspondam instrumentos capazes de efetivá-lo, sem os quais estaria manietada a garantia de direitos prescritos.

Nesse contexto, inicia-se a preocupação dos instrumentos jurídicos adequados para garantir a proteção e preservação das riquezas ambientais, que vão além do âmbito ecológico, abrangendo também o patrimônio histórico, cultural, igualmente exposto à riscos incalculáveis. Isto porque, é imprescindível assimilar que a vida humana está em constante exposição à riscos, até pela própria sensibilidade fisiológica do conceito de vida humana.

Por todos estes aspectos as condutas humanas em relação ao meio ambiente passaram a ser cada vez mais normatizadas, dedicando-se a legislação não apenas às relações locais, mas estendendo seu alcance em escala global. Muito mais que prever normas o direito ambiental também necessita de mecanismos que lhe assegurem efetividade. É sobre este tema que versa o tópico seguinte.

1.6 A PROTEÇÃO AMBIENTAL, BASE PRINCIPIOLÓGICA E MECANISMOS PARA O SEU EXERCÍCIO

Do que fora tratado em tópicos anteriores, nota-se que o Direito deve se preocupar em estabelecer não só as balizas adequadas para a conduta produtora de riqueza dentro de limites que asseguram a integridade do meio ambiente, mas também deve cuidar de afastar o perigo de danificar o meio ambiente, por isso o Direito Ambiental lança mão das bases fundantes de seus institutos, ganhando perfil de verdadeiro ramo autônomo do Direito (SILVA, 2011, p.41).

O direito Ambiental é, portanto, aquele ramo jurídico que estará detido ao estudo da interação humana com a natureza, bem como dos instrumentos jurídicos adequados à proteção dos recursos e bens ambientais. Trata-se, conforme define Milaré (2004, p.109), do

“complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”.

A urgência em se adotar mecanismos hábeis à proteção do meio ambiente foi, sem dúvidas, um dos grandes propulsores da consolidação deste ramo jurídico. Sobre o tema afirma Soares (2001, p. 21):

[...] o Direito do Meio Ambiente foi sem dúvida, uma emergência motivada pela necessidade criada pelos fenômenos que o próprio homem engendrou e que redundaram ou na destruição das relações harmônicas entre sociedade humana e seu meio circundante, ou numa ameaça a elas; a tais fatos incorporou-se uma tomada de consciência por parte, não só dos indivíduos, de suas associações nacionais ou internacionais, concretizadas em poderosas entidades ambientalistas (forças essas provenientes da posição crítica aos Governos, típicas do segundo pós-guerra), como também dos Estados, no sentido de buscarem-se os meios de reestabelecer um equilíbrio entre homem e seu meio ambiente, por meio da atuação dos mecanismos jurídicos.

Importante destacar que o Direito Ambiental possui, sobretudo pelo histórico que ensejou sua existência, uma diversidade de princípios e subprincípios. Neste contexto temos a destacar os seguintes princípios: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do desenvolvimento sustentável e o princípio da prevenção e da precaução.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser compreendido como “o centro da ordem jurídica democrática” (BESSA, 2011, p. 24).

Conforme preceitua Moraes (2000, p. 60):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, é que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável, que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possa ser feitas limitações ao exercício aos direitos fundamentais.

No contexto do direito ambiental podemos dizer que tal princípio relaciona-se com o direito de poder viver, e garantir que as futuras gerações vivam, em um ambiente saudável, no qual esteja assegurada não apenas a sobrevivência, mas, uma vida plena e verdadeiramente digna.

O princípio do desenvolvimento sustentável foi empregado inicialmente na conferência de Estocolmo e passou a ser reprisado nas demais conferências que se seguiram.

Fiorillo (2013, p. 73) expressa que tal princípio tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem em suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu meio ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

O princípio da prevenção, por sua vez, revela-se como importante instrumento de equilíbrio na relação homem e meio ambiente, sobretudo no que se refere ao dano ambiental, dado que sua essência se resume na coerente ideia de que evitar a ocorrência do dano é melhor do que buscar maneiras de remediá-lo, máxime em matéria ambiental, onde os danos no mais das vezes são graves, quando não irreversíveis.

A este propósito, importa abordarmos, em apertada síntese, alguns aspectos atinentes a questão do dano ambiental.

Primeiramente convém esclarecer que o dano ambiental, diferentemente da noção comum do dano consagrado no Direito Civil, é evento muito mais complexo de ser concebido pelo Direito Ambiental, em virtude de suas peculiaridades, dentre as quais se destaca o fato do dano possuir consequências irreversíveis, bastando pensar na extinção de uma espécie animal e a sua impossibilidade de recomposição.

Outros fatos que amiúde qualificam o dano ambiental são os escassos meios de mensuração e previsão dos danos, visto que a poluição tem efeitos cumulativos e sinérgicos, ocasionados pelas interações entre os diversos tipos de poluentes, o dano pode ser consequência causada pela acumulação de danos ao longo da cadeia alimentar podendo, inclusive, ser sentido muito além do foco de origem, à exemplo da poluição de rios e mares.

Por fim, são danos coletivos, haja vista a pluralidade de causas, são danos difusos, visto a facilidade de sua propagação (e.g. ar, radioatividade), tem efeitos diretos e indiretos, na medida em que lesam direta ou primariamente elementos naturais e indireta ou secundariamente direitos individuais.

A par disso, o princípio da prevenção se reveste de especial importância para o Direito Ambiental, orientando-o não para a repressão, mas sim para a abordagem preventiva, pois segundo Porfírio Júnior (2002, p.37-38) “o princípio da prevenção consiste em impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente” e que em última análise, estender-se-ia ao

“questionamento sobre a própria razão de existir de uma determinada atividade, contrapondo-se o objeto desta ao seu grau de risco ao meio ambiente e à saúde”.

Ao lado do princípio da prevenção, existe o princípio da precaução, valendo abrir o parêntese para registrar que muitos autores defendem a relação de sinonímia entre os citados princípios, pois sob esta ótica a noção de precaução deve estar contida no conceito de prevenção, conforme Porfírio Júnior relata. Porém, outros autores, a exemplo de Thomé, advogam pela distinção entre os princípios, dado que o princípio da prevenção enfatiza a prioridade que deve ser dada às medidas preventivas.

Apesar deste enfoque preventivo, Thomé (2013. p. 69), utiliza como elemento diferenciador o fato da incidência do princípio da prevenção estar apoiada, não em qualquer situação de perigo de dano, mas sim na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. “Caso não haja certeza científica o princípio a ser aplicado será o da precaução”.

Por semelhantes razões, o princípio da precaução tem como função equacionar o problema temporal, conforme anotou Tessler (2004), pois se o meio ambiente possui caráter inviolável, a lentidão na adoção de medidas precaucionais compromete seu equilíbrio. Assim, a precaução é configurada pela ação antecipada diante do risco ou do perigo, estando, portanto, em colisão com a característica de inércia da jurisdição estatal.

Para que o direito ambiental seja efetivado é necessário que haja mecanismos hábeis ao seu exercício, neste sentido, o direito material de defesa do meio ambiente encontra o direito processual, este último eminentemente instrumental, uma ferramenta legal para a efetivação do direito escrito. Vale dizer, portanto, que sem os meios de pô-lo em prática, o direito material seria inócuo e não teria relevância para a necessidade humana, vez que “toda lei pressupõe uma finalidade”, como percebe Freitas (2009, p. 68).

Ocorre, contudo, que o processo induz a noção de tempo, isto é, todo processo exige parcela de tempo para sua conclusão, o provimento judicial como resultado do processo está umbilicalmente unido à necessidade de tempo. Ademais, outra circunstância que acentua a dilação temporal para o exercício do direito processual brasileiro, é a inação dos demais poderes, relegando ao Judiciário o dever de responder, diariamente, uma quantidade vultosa

de processos, agrega-se, também, a este fato, as mazelas sociais que atravancam o burocrático serviço público brasileiro.

Por tais razões, o constituinte reformador, preocupado com a morosidade da atividade jurisdicional, tratou de assegurar no inciso LXXVIII, do art. 5º, mediante a Emenda Constitucional nº 045/2004, popularmente batizada como emenda da reforma do Judiciário, o “direito a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

De fato, o acesso à Justiça por si só já predispõe a uma prestação jurisdicional hábil para garantir o direito pleiteado, mas a morosidade do aparelho estatal compromete a garantia de direitos, daí a origem da previsão constitucional, sem afastar o risco de uma nova frustração por sua ineficiência, conforme destaca Silva (2008. p. 432), pois “não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado”.

Posto isto, some-se a este contexto as circunstâncias envoltas à especificidade da questão ambiental, sobretudo as características de irreversibilidade do dano ambiental, e se conclui que as tutelas judiciais de efetivação do meio ambiente saudável, são, via de regra, tutelas de defesas ambientais em reação ao dano ambiental iminente, colocando o tempo, como o ponto crucial na defesa do meio ambiente por intermédio da tutela judicial.

Tempo e processo guardam entre si relação de significância, a exigência de que o processo veicule a demanda é, também, a expressão da acomodação do exercício do direito de ação em função da medida do tempo. Exatamente porque o Estado Democrático de Direito, que mantém compromisso com a relação dialética, deixa subentender que decisões tomadas abruptamente, somente dão margem, quando não ao erro, à injustiça.

Tal pensar, se ampara do extrato de Didier Jr, Braga e Oliveira (2013. p. 519):

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. È imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize o devido processo legal e todos os seus consectários em sua plenitude, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade, os “poderosos” de antanho poderiam decidir *imediatamente*. [grifo do autor]

Ao ponto que se chegou a bradar que “processo devido é processo efetivo” (DIDIER JÚNIOR, 2013, p.82), abrindo margem para tecer breves linhas sobre o princípio da

efetividade, quem fornece a tônica do direito processual, diversamente da dinâmica à Kafka, o processo, como já se disse, é meio e, para tanto, deve ser orientado para o fim que almeja, e não ser um fim em si mesmo.

Contudo permanece a celeuma – agora agravada – de que tempo e direito se contrapõe, tendo o jurista que optar, ora por um, ora por outro, nunca por ambos. Porém é importante dizer que tanto os direitos, assim como o tempo, são conquistas sociais que não podem ser desprezadas, em verdade, pelos princípios acima abordados, é imprescindível a conjugação do adequado tempo ao processo e o manejo da correta e efetiva tutela em favor de direitos assegurados.

Em resumo, Bedaque (1997. p. 26), a respeito da tutela jurisdicional, se manifesta no seguinte sentido:

Assim, tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do Direito em casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário. É o estudo da técnica processual a partir do resultado e em função dele.

Câmara (2007. p. 88) afirma que a “cada direito violado ou ameaçado de lesão, portanto, deve corresponder a ‘uma forma de tutela jurisdicional capaz de assegurá-lo’”, ou seja, a tutela jurisdicional só será prestada adequadamente quando apta a proteger o direito subjetivo lesado.

Em se tratando de direito ao meio ambiente saudável, entendido como um direito coletivo, caracterizado pela “indeterminação de titulares e a indivisibilidade de objeto”, situado, segundo Cavalieri Filho (2011. p. 368), “entre o interesse público e o interesse estritamente privado”, diz Didier Jr, Braga e Oliveira (2013. p.512):

Mas as atividades processuais necessárias para a obtenção de uma tutela satisfativa (a tutela-padrão) são lentas e demoradas, gerando delongas processuais que colocam em risco o resultado útil e proveitoso do processo e a própria realização do direito afirmado. É o perigo da demora.

A compreensão do objeto de estudo central da presente dissertação perpassa pelo estudo do direito processual, em especial da tutela de urgência, após as reformas propostas pelo Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 no texto do Código de Processo Civil. Desta forma os próximos capítulos estarão voltados ao estudo do tema.

2 – O PROCESSO, INSTRUMENTO SOCIAL DE CONTROLE E PRESTAÇÃO ESTATAL.

2.1 O PROCESSO COMO NORMA E SUA CONCEPÇÃO

O termo “processo” é juridicamente compreendido sob uma variada perspectiva (DIDIER JR., 2016, p. 32), importando em um termo plurissignificativo que, a medida de suas compreensões, explica a evolução histórica que sofreu, bem como, a relação do processo com a sociedade que o compreende (MITIDIERO, 2005, p. 11).

A ideia elementar do conceito de processo diz respeito a um método de criação de determinada norma jurídica, tal enfoque advém da Teoria da Norma Jurídica (DIDIER JR., 2016, p. 32), a qual examina o processo a partir do plano da existência dos fatos jurídicos, trata o processo como um proceder, um caminhar, um trilhar de um largo caminho, cujo ponto de chegada parece sinalizado por um ato solene (CARNELUTTI, 2015, p. 46), redundando em um ato jurídico complexo, o qual mantém relação de sinonímia com o termo procedimento (DIDIER JR., 2016, p. 33).

Contudo, o precitado conceito não é suficiente para compreender a estrutura jurídica do processo, pois desconsidera um importante elemento, qual seja, a relação processual, por esta perspectiva, a Teoria da Norma Jurídica deve compreender a partir do plano de eficácia dos fatos jurídicos, assimilando o processo como um conjunto das relações jurídicas que se estabelece entre os diversos sujeitos processuais, os quais, em conjunto, formam uma única relação jurídica, chamada processo (DIDIER JR., 2016, p. 34).

Como se vê, o termo “processo”, tanto serve para designar o ato processo como a relação jurídica que dele emerge (DIDIER JR., 2016, p. 35), no entanto, quando se afirma que processo é um método de criação de determinada norma jurídica, não se pode esquecer que seu cunho legal lhe condiciona a uma finalidade em razão de seu inarredável caráter instrumental (CARNELUTTI, 2015, p. 37).

Com efeito, esta compreensão, que por ora parece decorrer da observação óbvia do objeto, por muito tempo esteve em germe na concepção do processualista, sobretudo quando se infere as premissas de que o Direito pertence à cultura do povo, sujeitando-se à dinâmica

dos fluxos e contrafluxos históricos da vida social (MITIDIERO, 2005, p. 11), a adoção de uma cultura jurídica a partir da fundação de normas constitucionais de processo e verificação da umbilical relação entre o direito material e processual, mantendo entre estes dois ramos, uma relação circular (DIDIER JR., 2016, p. 41).

2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO POR MEIO DOS SEUS MODELOS

Assim, pode-se contar a história do processo a partir da identificação de três modelos processuais, sendo o primeiro modelo caracterizado por seu praxismo indelével (MITIDIERO, 2005, p. 16), onde imperava uma visão plana do ordenamento jurídico, identificando tal passagem como o momento pré-histórico do processo (MITIDIERO, 2005, p. 17), com o direito de ação preconcebido como um direito subjetivo lesado, a jurisdição como um sistema de tutela aos direitos, o processo como mero procedimento constituído por um encadeamento de atos (DINAMARCO, 2013, p. 18).

O sincretismo processual era notório, aplicado como postura metodológica (MITIDIERO, 2005, p. 17), tanto que denominou o configurado modelo, apesar de demonstrar grande dose de empirismo, vez que ainda não se tratava propriamente de uma ciência processual, desprovido da consciência de princípios e conceitos próprios, justamente o sincretismo jurídico decorrente da confusão entre o plano substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX iniciou a derrocada diante as transformações políticas e sociais vividas no continente europeu, capazes de alterar a forma das relações entre o indivíduo e o Estado (DINAMARCO, 2013, p. 17) dando vez a um processualismo carregado de formalismo.

O modelo sucessor, em grande conta, deve-se ao impulso cultural próprio da Idade Moderna (MITIDIERO, 2005, p. 18), sendo responsável pela concepção de um tecnização do direito e a despolitização de seus agentes, embora, mediante a publicização do processo evidencia que por meio do processo se exprime a autoridade do Estado (MARINONI, 2013, p. 46), ainda que seja o processo um instrumento puramente técnico, destituído de valores e intencionalidade, justamente em consequência da suspeita em conta do poder, próprio do modelo liberal, onde se tentava a toda custo afastar a interferência estatal nas relações privadas (PIMENTA, 2007, p. 49).

Como bem descreve Barroso (2011, p. 87), sobre a relação homem e poder estatal da referida época:

A luta pela liberdade, a ampliação da participação política, a consagração econômica da livre iniciativa, o surgimento da opinião pública, dentre outros fatores, fizeram do modelo liberal o cenário adequado para o renascimento do espaço público, sem comprometimento do espaço privado. De forma esquemática, a Constituição, de um lado, e o Código Civil Napoleônico, de outro, expressaram esse ideal de equilíbrio entre espaço público e privado. Configurou-se a dualidade Estado/sociedade civil, sob cujo rótulo genérico se abrigaram a distinção entre a relação de poder, as relações individuais e mecanismo de proteção dos indivíduos em face do Estado, No plano financeiro, surge o Estado fiscal. Além de deter o monopólio do uso legítimo da força, o Estado passa a ser o único titular do poder de tributar.

O citado modelo, no entanto, ao se preocupar em desvincular o direito processual do direito material foi capaz de evidenciar sua vocação ao segmento publicista do Direito, delimitando seus conceitos e identificando seus princípios, os quais, de certo modo, permitiram atribuir autonomia científica ao estudo do processo (MARINONI, 2013, p. 46), vez que retirava do plano processual o problema da justiça, passando a preocupar-se com a norma jurídica, onde, ao órgão julgador, apenas cabia pronunciar a vontade da lei (MITIDIERO, 2005, p. 19).

Ademais, a partir da visão autonomista, a concepção da ação passa a ser vista como conceito relativo ao direito processual e não mais ao direito material, vez que diferentemente desta visão, a ação estaria orientada ao Estado (DINAMARCO, 2013, p. 18), não ao adversário, cabendo ao Estado o papel de constituir a contraparte, inserindo na relação processual para que do diálogo entre estas, o órgão estatal responsável pelo julgamento decidisse conforme a disposição das partes em provar o direito afirmado.

Por sua vez, o modelo vigente, formalista-valorativo, com notas fortes da concepção instrumentalista do processo (MITIDIERO, 2005, p. 20), concebendo-o como verdadeiro instrumento ético de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções (DINAMARCO, 2013, p. 22), estando muito mais à disposição do Estado de Direito em virtude da constituição deste, vez que para este modelo é inarredável a relação acessória entre direito e processo, bem como notória a sua preocupação em concretizar os valores constitucionais no tecido processual (MITIDIERO, 2005, p. 19).

Neste modelo atual, vigora o método instrumental, onde o processo deixa de ser mera técnica, sem com isso deixar de considerar sua estruturação técnica (MITIDIERO, 2005, p. 21), mas partindo de uma premissa racionalista projeta-se a construção de um sistema jurídico

processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados, onde o processo assume conotação deontológica, dado que o sistema processual não está impermeável aos valores tutelados pela ordem político-constitucional, tampouco inerte ao conteúdo jurídico-material (DINAMARCO, 2013, p. 23), buscando, ao reverso, a exata efetivação e implementação das precitadas matizes normativas em consonância do objetivo supremo de pacificar com justiça (MITIDIERO, 2005, p. 21).

Todavia, inobstante as diversas matrizes histórico-culturais que influíram na concepção dos ordenamentos processuais contemporâneos, pode-se afirmar que em decorrência do avançado estágio de maturação da ciência processual, as infirmadas diferenças não são suficientes para destituir os traços comuns que confluem para o contorno geral de determinadas ideias, como, por exemplo, a necessidade do juiz natural, do devido processo legal, da efetividade processual com a participação das partes interessadas em prestígio da concepção da ampla defesa e do contraditório o que induz a uma possível universalização da ciência jurídica do processo (DINAMARCO, 2013, p. 21).

2.3 TEORIA DO PROCESSO, A CIÊNCIA E A NORMA.

A este propósito, importante apartar, inicialmente, determinadas distinções para o estudo do processo civil, dentre as quais, principalmente, a distinção entre a teoria do processo, o direito processual civil e a ciência do direito processual civil, vez que esta é caracterizada pelo ramo do pensamento jurídico dogmático dedicado ao estudo do objeto, direito processual civil, sendo este, por sua vez, o conjunto de normas que disciplinam o processo jurisdicional civil, composto das normas que determinam o modo como o processo deve estruturar-se e as situações jurídicas que decorrem dos fatos jurídicos processuais (DIDIER JR., 2016, p. 36).

Semelhante relação se estabelece entre a Teoria do Processo e seus diversos objetos, dentre os quais se encontram a ciência do direito processual jurisdicional, administrativo, político, privado, não se preocupando com o direito processual propriamente dito, porquanto não se preocupa com o conteúdo da norma processual, que diz respeito tão somente ao direito processual, objeto da ciência do direito processual, responsável por apresentar fundamentos e

oferecer os elementos para adequada compreensão e aplicação de seu objeto, o direito processual (DIDIER JR., 2016, p. 38).

Embora aparentemente as considerações consignadas acima possam pouco acrescentar, em verdade, revelam a existência de um sistema processual que se desdobra em vários ramos da ciência do direito processual, que para efeito de delimitação devem ser abordados para a melhor compreensão das finalidades pretendidas. Como se viu, a ciência do direito processual se divide em vários ramos, por razões que a frente se verá, sem com isso deixar de informar o interesse pelo direito processual jurisdicional, o qual se subdivide em dois ramos, civil e penal.

Apesar do que, seja válido registrar a existência de juristas que infirmem a existência de uma ciência do direito processual jurisdicional do trabalho (BEZERRA LEITE, 2014, p. 22), ainda que uma concepção clássica encarte tal ramo da ciência inserto ao processo jurisdicional civil, não é o suficiente para destituir o caráter subsidiário de aplicação das concepções formuladas pela ciência do direito processual jurisdicional civil ao processo do trabalho.

A exemplo do que ocorre com outras específicas searas do direito, que a despeito de conterem objeto próprio, podem ser assimiladas pela ciência do direito processual jurisdicional civil, vez que reflete um aspecto da vida civil do indivíduo, como no caso, por exemplo, do direito tributário, que apesar de tratar da relação entre o contribuinte e o Estado arrecadador não deixou de receber regramento geral no processo jurisdicional civil (art. 46, § 5º do Código de Processo Civil), sem embargo da legislação especial aplicável (MITIDIERO, 2005, p. 43).

Isto revela outro aspecto de suma importância para a natureza jurídica do processo, se é verdade que este é instrumento jurídico para a consecução dos fins sociais é também verdade que é garantia de todo aquele que sofre ação estatal, não por outra razão que o processo penal se destina a racionalizar a pretensão punitiva do Estado, do mesmo modo que o processo administrativo protege o particular dos atos da Administração Pública (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 22), que, caso não observasse tão importante garantia, certamente incorreria em abuso de poder.

2.3.1 O processo civil, uma espécie jurisdicional de processo.

No que tange ao processo civil, o qual interessa a presente pesquisa, este remonta à relação entre os civis, distinguindo-se do processo penal, vez que este se preocupa em reagir a um delito, sendo este a negação de civilidade, é certo que o processo civil é assim denominado porque se realiza “inter cives”, ou, entre seres dotados de civilidade, sendo esta a condição de quem é cidadão (CARNELUTTI, 2015, p. 53).

Lembra Carnelutti (2015, p. 54) que civilidade não é outra coisa senão andar de acordo com, pois deriva de “cum ire”, termo latino que significa ir ou andar conjuntamente, ressalvado, no entanto, que se precisam do processo, isto quer dizer que falta a eles concórdia, ou seja, há discórdia, portanto, conflito, uma tal situação que não obstante não seja guerra, já apresenta predisposição para encampar tal estado, evocando, então, intervenção social por meio de medidas estatais para a preservação da paz social.

A necessidade de um instrumento para a solução dos conflitos sociais é melhor explicitada por SOARES R. (2000, p. 120), a partir dos ensinamentos de Kelsen:

Em geral, a vida social desenvolve-se dentro de uma normalidade. Via de regra os contratos são cumpridos, as proibições, mormente as penais, são observadas e o ordenamento jurídico funciona com aquele mínimo de eficácia que Hans Kelsen denomina condição de vigência da norma. A par disso, verifica-se a assunção, pelo Estado, do monopólio da Justiça, o que determina a necessidade deste de prestara tutela jurisdicional, o que faz através do processo.

Ainda é importante apartar a ideia de uma ciência do direito processual civil sem a presença marcante do elemento jurisdição, sendo apurado enquadrar este ramo da ciência do direito processual, dentro do estudo do processo privado, ou negocial (DIDIER JR., 2016, p. 75), vez que se substituída por seus equivalentes jurisdicionais, ainda se teria processo, em sentido lato, vistas à preocupação para a consecução das soluções dos conflitos, mas sem a presença desta capacidade estatal, que ainda estaria disponível como última medida de emprego em busca da pacificação social com justiça, em razão de sua característica legal inafastável.

Nesse sentido, defende Dinamarco, a existência de processos estatais não jurisdicionais (2013, p. 74):

Os processos estatais são jurisdicionais ou não, conforme trate do exercício do conjunto de atividades a que se convencionou chamar jurisdição, ou de outra

manifestação do poder estatal. Os processos jurisdicionais comportam duas divisões, a saber: pelo critério do fundamento- jurídico substancial da pretensão deduzida (civil penal, trabalhista) ou a partir da natureza processual do provimento postulado[...].

Os equivalentes jurisdicionais, com exceção da autotutela, vedada, salvo em raras hipóteses admitidas no ordenamento jurídico, estariam empregados de meios processuais para a consecução de sua finalidade, especialmente quando empreendida à autocomposição, ainda que por intermédio da mediação, ou a heterocomposição, mediante a arbitragem, que redundam em verdadeiro direito processual privado, sem a menção civil a fim de evitar a redundância, ou ainda, quando submetido a órgão julgador administrativo, esta última inclusive ratifica a lição assertiva da existência de um processo administrativo.

2.3.2 O status científico do tema a partir das finalidades principiológicas da norma.

Resta então a necessidade de discutir os contornos da ciência do direito processual, que por necessariamente estudar o processo civil, partindo de uma abordagem dogmática da norma, não pode fugir dos limites da concepção do dispositivo normativo para então identificar seus princípios de regência, o jurista, assim, capta o Direito num procedimento de incidência, isto é, na imputação de normas à situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas, de modo geral, a norma é tida, primeiramente, como uma proposição que diz como deve ser o comportamento, ou seja, possui marcadamente um caráter deontológico em sua natureza (FERRAZ JÚNIOR, 2013).

A norma ainda pode ser assimilada pelo jurista como uma prescrição, uma vontade impositiva que estabelece disciplina para uma determinada conduta, semelhante à natureza deontológica da proposição, mas diversamente dessa, na medida em que, para aquela, importa a análise da vontade que a prescreve, constituindo, em síntese, “comando de uma vontade institucionalizada”, apta a imperar (FERRAZ JÚNIOR, 2013).

Há, por fim, a hipótese de se assimilar a norma como um fenômeno complexo “que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre partes que se comunicam”. Neste aspecto a norma é vista como uma comunicação que revela a relação entre comunicadores. Para a análise deste aspecto torna-se importante não só a mensagem, a proposição, mas também as qualidades da prescrição, isto é, a identificação dos sujeitos e seu modo de reação (FERRAZ JÚNIOR, 2013).

Todavia, a contextualização da norma à realidade social não cuida apenas de sua dogmática analítica, mas, ao disciplinar a conduta humana, a norma se expressa por meio de um suporte linguístico, as palavras, estes “signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser” (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 220), o conjunto de palavras agrupadas no sentido de exprimir a vontade do legislador cria os dispositivos legais, objeto da interpretação do jurista, ao passo que, a norma será o resultado desse processo cognoscente, assim, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2014, p. 50).

Em resumo, neste sentido, autorizado se está a dizer, que o texto da norma é o sinal linguístico, enquanto a norma é o se revela ou designa (SOARES, 2000, p. 35).

2.3.3 A distinção entre princípios e regras normativas.

O tema princípio não é novo, tendo, inclusive, há muito se desfeito a noção legalista segundo a qual o princípio serviria tão somente como fontes subsidiárias, atuando apenas na colmatação de lacunas legais (VALIM, 2010, p. 35). Para o precitado autor, o aludido fenômeno da “princípioalização do Direito”, embora tenha resultado no reconhecimento da normatividade dos princípios, rompendo alguns dogmas positivistas, deu lugar a inúmeras dificuldades teóricas.

Para Valim (2010, p. 36), malgrado as teorias explicativas de Ronald Dworkin e Robert Alexy desfrutem de inelutável prestígio e validade, não podem ser adotadas de maneira absoluta, sob pena de “expropriarem o direito ao uso do termo ‘princípio’”, conforme dito por Bandeira de Melo, citado pelo autor referenciado, vez que desse modo passa a ser admissível apenas as acepções formuladas pelos teóricos citados e se desconsidera outros pontos de vista sobre a matéria e não menos válidos.

Não obstante essa ressalva, atualmente a norma se converteu a gênero, dos quais se encontram como espécies as regras e os princípios (VALIM, 2010, p. 36), apesar de que, segundo Ávila (2014, p.54), esta qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio interprete, o que não permite que o interprete seja livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem.

Nesse sentido, a atividade do interprete é construir a partir de algo, é reconstruir a partir dos textos normativos, os quais oferecem limites à construção do sentido, é manipular a linguagem, à qual são incorporados “núcleos de sentidos”, os quais são indissociáveis do seu uso e, por isso, preexistem ao processo interpretativo individual (ÁVILA, 2014). Assim, “o interprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional” (ÁVILA, 2014, p. 55).

Nas palavras de Valim (2010, p. 37) o critério de distinção entre as espécies normativas reside na carga valorativa veiculada por cada uma, pois os princípios são normas de grande densidade valorativa, caracterizada por uma abstratividade mais acentuada frente às regras (LEITE, 2003, p. 33), as quais não tem a mesma “força expansiva” dos princípios, limitando-se a disciplinar uma específica situação fática, ao passo que, a norma principiológica ilumina uma maior região da ordem jurídica, permitindo sua interpretação e aplicação, diversamente das regras que não possuem essa amplitude.

Aliás, esse é um traço característico da estrutura da regra, pois sendo proposta mediante uma hipótese fática de incidência e um conseqüente lógico, predeterminam as decisões a partir de um silogismo entre as premissas propostas distinguindo-se dos princípios, pois estes apenas indicariam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto (ÁVILA, 2014, p. 60).

Contudo, a distinção entre princípios e regras ficou mais acentuada a partir da contribuição da tradição anglo-saxônica, capitaneada por Dworkin e que contribuiu decisivamente para o tema. Segundo explica Ávila (2014, p. 56), no estudo proposto por Dworkin, as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa aceita, ou ela não é considerada válida.

Havendo colisão entre regras, a presença da regra válida automaticamente invalida a outra, que passa a ser considerada inválida para o fato. Diversamente disto, os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros igualmente provenientes de outros princípios, daí, então, dizer que ao contrário das regras, os princípios possuem dimensão de peso (*dimension of weight*).

No caso de colisão entre princípios, estes diferentemente das regras, não se invalidam entre si, mas se resolvem com a prevalência de um frente ao outro igualmente válido, e que deve ser igualmente atendido, variando, conforme esclarece Ávila (2014, p. 58), em graus, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas: “normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos”. São, portanto, deveres de otimização.

Com efeito, para Alexy, na exegese de Ávila (2014, p. 58) a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no modo de tudo ou nada, mas ao reverso da teoria proposta por Dworkin, deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores explicitados pelo exegeta, nos seguintes termos:

[...] diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Ademais, não se pode desconsiderar que os princípios são dotados de funções peculiares, que os distinguem das regras, consoante lição de Valim (2010, p. 38) que as elenca em integrativa, interpretativa, limitativa e sistematizadora. De modo que, a função integrativa consiste na primeira função assumida pelos princípios jurídicos, remonta historicamente o mecanismo criado para permitir ao órgão julgante se valer dessa relevante função com o fito de proporcionar a solução ao conflito ínsito no caso concreto, carente de regra específica, e assim não infringir a proibição do “*non liquet*”.

Por sua vez, os princípios funcionam também como interpretes do texto normativo, em verdade, atendem como tradutores da norma, promovendo a sua construção no sentido e direção preconizados, indicando o sentido onde se encontra a norma jurídica. Já a função limitativa dos princípios, apresenta o princípio como parâmetro de validade da regra jurídica, dita qual a extensão da interpretação alcançada pela norma jurídica, isto é, “se uma regra discrepar do comando albergado por um princípio, estará ela inquinada de validade, sujeitando-se à expulsão da ordem jurídica”.

Esta última função dialoga com a função interpretativa, estabelecem uma relação no sentido de que enquanto a função interpretativa atua antes da edição da norma jurídica,

delimitando seu contorno e adequação com o resto do ordenamento jurídico, a função limitativa age depois de produzida a norma, reprimindo violações a princípios, desse modo, a função limitativa só opera quando inobservada a função interpretativa.

Por fim, a função sistematizadora dos princípios que destaca a função de proposições-mestras do sistema jurídico, é a função que o princípio ocupa enquanto fundação do edifício normativo, desempenhando a função de cimentação sistemática do ordenamento (LEITE, 2003, p. 32) e, conseqüentemente, irradiando seu conteúdo estimativo sobre as demais normas, conferindo unidade e coerência, ou melhor, nas palavras de Valim (2010, p. 42).

Assim, cada princípio unifica, sob o influxo do valor que carrega, uma plêiade de regras e de subprincípios, os quais, ao mesmo tempo que naquele sustentam, a ele dão concretude. Trata-se de um vínculo normativo que se estabelece, de modo que a desatenção a qualquer das manifestações do princípio implica ofensa ao próprio princípio.

2.3.4 A base principiológica do processo civil a partir dos direitos fundamentais.

A formulação dos direitos fundamentais a partir de sua matriz constitucional foi um movimento político-jurídico que contribuiu para conceber o direito processual a partir de normas de envergadura constitucional (NERY JR., 1999, p. 20), vez que a partir da fundação do Estado de Direito, as constituições que sucederam evoluíram até o surgimento de um Estado Democrático de Direito (MORAES, 2012, p. 4), o que teve especial importância para a ciência do direito processual, uma vez que a consolidação do valor democrático levou ao aperfeiçoamento das finalidades estatais (PIMENTA, 2007, p. 135).

Desse modo, cabe ainda considerar as razões de existência das figuras estatais, ainda que pese toda evolução histórica, a qualidade distintiva do Estado, ao menos em seu aspecto formal, permanece a de uma comunidade soberana que basta a si mesma, decorrente de uma natural necessidade humana, ao mesmo tempo em que se constitui pela decisão voluntária dos humanos para cumprir a função social de promover o bem de todos, por meio de uma ordem jurídica justa, tornando indissociável a função social da função jurídica do Estado (VERZOLA, 2011, p. 19).

Ou seja, no sentido formal, pouco importa o contexto temporal e espacial, o Estado é identificado a partir da personificação total do Direito, vez que a sociedade, que pressupõe o indivíduo como sua parte integrante, necessita de uma ordem que se opere entre as relações

humanas (BEDAQUE, 2011, p. 11). O produto das relações humanas constrói uma unidade de ação exprimida de acordo com a realidade social, a qual se subdivide em uma realidade política, o que leva a compreensão de uma entidade soberana decorrente do ser coletivo unificado capaz de uma decisão de cunho político (VERZOLA, 2011, p. 26).

Inarredável da capacidade decisória da realidade política de determinada sociedade, está a noção de poder, assimilando o ente estatal não como uma unidade de vontade, mas apenas como unidade real de ação, onde o Direito assume papel de mais adequada técnica para exercício da dominação, isto é, o Estado não pode organizar opiniões, porquanto seja uma unidade de dominação, vivendo assim sua justificação, sobrevivendo não somente pela coação sobre as pessoas, mas pela acomodação dos diversos interesses em prol de um interesse maior, por isso, necessitando de uma realidade jurídica justa.

Contudo, não se pode perder de vista a realidade social, como bem lembra Lopes (2009, p. 44), para registrar que ainda que cientificamente costume-se mencionar o termo “ordem jurídica justa” ou garantia de um processo justo, “fair trial”, tais inserções representam o processo ideal, mas não correspondem necessariamente ao processo real, pois esta é a realidade jurídica, que não depende exclusivamente do Judiciário.

Por isto, deve-se retomar o raciocínio, de forte influência liberal, a partir da qual se notou a necessidade de reconhecer direitos, exatamente para racionalizar o exercício da ação estatal, ainda que todo o poder emane do povo, a associação individual destes não é capaz de consolidar a capacidade de ação popular (PIMENTA, 2007, p. 48), dependendo sempre do ente estatal para atuar, racionalmente, em nome da coletividade, servindo os direitos fundamentais, titularizados por todos aqueles que sustentem condição humana (FERRAJOLI, 2011, p. 9), como principal garantia do indivíduo frente ao abuso de poder estatal (SOARES, 2000, p. 37).

O movimento constitucionalista, responsável pela organização dos Estados Modernos e a imposição de limitação ao poder estatal, mediante a previsão de direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2012, p. 01), foi responsável por consagrar três princípios estruturantes, o princípio do Estado de Direito, fundado nos pilares da legalidade da atuação estatal e a realização do valor de justiça, relacionando diretamente a juridicidade, isto é, medida do justo, do correto, do direito à realização da democracia (SOARES, 2000, p. 35).

Com efeito, o pressuposto da constitucionalidade torna imprescindível compreender a Constituição como uma ordem jurídico-normativa fundamentalmente vinculada a todos os poderes públicos (SOARES, 2000, p. 37), a ponto da constituição de um Estado de Direito Democrático pretender apresentar uma proposta para uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjetivas, segundo um paradigma do valor justiça (MITIDIERO, 2005, p. 41).

Nesta perspectiva, os direitos fundamentais passam a ser estudados sob o reconhecimento de sua eficácia horizontal (DIDIER JR., 2016, p. 73), informados pela constitucionalização do valor democrático, passam assim a ser enunciados no ordenamento jurídico em favor de todo sujeito de direitos, vinculando a atuação do Estado em toda sua extensão (MITIDIERO, 2005, p. 88) e universalizando a perspectiva dos direitos ditos essenciais, por assim, ditos fundamentais (FERRAJOLI, 2011, p. 10), a dimensão universal dos direitos fundamentais contribuiu para o amadurecimento da ciência do direito processual, por intermédio do incremento da cláusula mínima do devido processo legal (MITIDIERO, 2005, p. 41), conforme anteriormente abordado.

2.3.5 O devido processo legal e as garantias fundamentais

Assim, o aspecto garantista da ciência processual condiz com a substancial influência que a concepção histórica da garantia do devido processo legal teve sob a formulação dos conceitos processuais, a partir da “Magna Charta de João Sem Terra”, do ano de 1215, quando referiu à “law of the land” (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução “due processo of law”, que somente veio a ser consagrado na lei inglesa, datada de 1354 e editada no reinado de Eduardo III, denominada “Statute os Westminster of the Liberties of London” (NERY JR., 1999, p. 31).

Contudo, a noção do devido processo legal como garantia de proteção contra a tirania é ainda mais antiga, remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão datado de 1037 d.C.) (DIDIER JR., 2016, p. 66), portanto, de origem germânica, o que veio a inspirar o impulso da nobreza inglesa ao inserir a cláusula “law of the land” no texto do magno documento, como equivalente a expressão do “due process of law” (COKE, 1797, p. 50) , assimilando o termo “law”, em verdade, como significado de Direito, é um adjetivo que remete a Direito, e não a lei, revelando a noção de um processo em conformidade com o

Direito, tanto é que as traduções, tanto portuguesa, quanto italiana, respectivamente, optaram pelos termos processo equitativo e processo justo (DIDIER JR., 2016, p. 65).

Por meio do precitado documento foi reconhecida e garantida a liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês, mais do que isso, a Magna Carta deixava implícito pela primeira vez na história política medieval que o rei se acha naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita (CUNHA JR., 2014, p. 458) e fundava a noção de um processo conforme o ordenamento jurídico.

Nesse momento surge, a partir da ideia de estabilidade das relações mediante a vinculação das propostas normativas, o devido processo legal, que embora incipiente, pois desenvolvido apenas em seu aspecto formal, já se preocupava em exigir a abertura de regular processo como condição para a restrição de direitos, porquanto com a Magna Carta ficou proibido o confisco, de modo que nenhum “xerife” ou “bailio” poderia tomar colheitas ou quaisquer outras sem que fizesse o pagamento imediato, salvo se o vendedor voluntariamente oferecesse à crédito.

Com o avançar histórico, o devido processo legal ganhou maior densidade com sua prospecção material, sobretudo na doutrina e jurisprudência norte-americana, passando a compreender a necessidade de razoabilidade e justiça das decisões restritivas de direitos. Com efeito, o devido processo legal substantivo parte do pressuposto de que não basta a garantia da regular instauração formal do processo para assegurar direitos e liberdades fundamentais, pois vê como indispensável que as decisões a serem tomadas nesse processo primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger (CUNHA JR, 2014, p. 570).

Obviamente, o devido processo legal influenciou sobremaneira a compreensão da ciência processual, nem tanto em seu aspecto substancial, ao menos quando do traçado das linhas iniciais do processo, vez que o aspecto formal foi preponderante na construção científica do processo (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 639), confluindo ao ponto de encontro com o constitucionalismo e a fundação de um Estado de Direito, rompendo com o modelo absolutista, onde imperava a vontade do monarca, passando então a determinação da lei como instrumento de regência a atuação do Estado (PIMENTA, 2007, p. 135).

Os avanços sociais, a necessidade de imposição de uma ordem jurídica cada vez mais justa, a consolidação dos valores políticos do movimento revolucionário francês contribuíram para um contexto histórico que permitiu o surgimento, a partir da necessidade de proclamação de direitos em função de uma racionalização e humanização do poder estatal, mediante o constitucionalismo escrito, dos Estados de Direito, onde todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas submetendo toda a atividade por ele desenvolvida aos desígnios legais, ao ponto de que o Estado só existe a partir da fundação de um ordenamento jurídico elementar (MORAES, 2012, p. 3).

2.3.6 O direito processual como direito fundamental

Contudo, não é o suficiente para explicar a dinâmica social, a previsão estática das garantias, anteriormente enunciadas, sobretudo em vista das diversas funções dos direitos individuais (MORAES, 2012, p. 28), somente foram abordados, até este momento, os direitos sob a perspectiva da defesa, onde se assegura certo espaço de autodeterminação do indivíduo (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 255), ou como melhor explicar Tessler (2004, p. 89).

Os chamados direitos de defesa (ações negativas) são subdivididos por Alexy em três grupos: a) direitos de que o Estado não impeça ou obstaculize o exercício de seus direitos fundamentais, b) direito de que o Estado não afete suas situações jurídicas ou propriedades e, ainda, c) direito de que o Estado não elimine sua posição jurídica: ma vez conferido o direito fundamental ao cidadão, o Estado não pode derroga-lo. Constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, evitam a ingerência do Estado e fundamentam pretensões de reparo pelas violações já praticadas.

Ou seja, existem, ainda, direitos fundamentais de prestação, que cobram do Estado a intervenção em vistas a atenuar as desigualdades (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 257), sob a forte influência dos direitos fundamentais de segunda geração ligados a necessidade de igualdade, diferindo dos direitos de defesa, os quais mantem íntima relação com o valor liberdade, preconizado pela primeira geração de direitos fundamentais (MORAES, 2012, p. 30).

Neste sentido (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 259):

O direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência de edição de normas que deem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que a justificam. Assim o direito de acesso à Justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos

órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedido de solução de conflitos pelo Estado.

Como se vê, o processo civil, em si considerado, é um direito fundamental (MITIDIERO, 2005, p. 45), com função essencial para o dinamismo da vida em sociedade, o que por sua vez, guindou todos os direitos correlatos a categoria de direito fundamental, como, no exemplo, do direito à Jurisdição, e a tutela jurisdicional adequada (MITIDIERO, 2005, p. 88), quando fez constar expressamente tais direitos sob o dispositivo enunciado no art. 5º, XXXV do texto da Constituição de 1988, cabendo ao jurista, além do acatamento imediato de tais direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988), a compreensão elástica de sua plena efetividade (SOARES, 2000, p. 28).

2.3.7 Os princípios do processo civil a partir do devido processo legal.

Como se vê, não é destituída de razão a consagrada lição entre os processualistas de que basta a inscrição do devido processo legal como garantia expressa da Carta de Direitos Fundamentais para que se extraia todos os contornos do processo civil moderno (NERY JR., 1999, p. 40), isto porque, geral e subsidiariamente (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 639), asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual, e de outro lado, legitimam a própria função jurisdicional (SOARES, 2000, p. 38), sem, com isso, perder o status de direito fundamental, cobrando assim receber a devida proteção judiciária (MITIDIERO, 2005, p. 42).

A bem da verdade, o devido processo legal é garantia em constante aprimoramento do qual decorre grande parte dos elementos que atribuem contorno a ciência do direito processual (MITIDIERO, 2005, p. 43), refletido, também, a evolução histórica da realidade social, ao ponto de servir como ponto de partida para concepção do direito processual, isto é, o devido processo legal brasileiro estrutura as garantias da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, da igualdade de condições (NERY JR., 1999, p. 42), ou como denominado pelo processualismo italiano, paridade de armas (DIDIER JR., 2013, p. 69), da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da motivação das decisões e da duração razoável do processo (MITIDIERO, 2005, p. 44).

Não se pode perder de vista o caráter legal preponderante do processo, por isto a notória presença do princípio da legalidade, podendo funcionar como norma processual ou como norma material (DIDIER JR., 2016, p. 80). Como norma processual representa a consagração do próprio devido processo legal em sua dimensão formal, ao passo que como

norma material, corresponde a vinculação do processo a estrutura do ordenamento jurídico, de modo que os pronunciamentos processuais são produtos em conformidade com a estrutura legal, em observância não apenas, mas sobretudo, as normas de cunho constitucional.

Com efeito, o processo passa a ganhar contornos estruturais a partir da identificação de seus princípios peculiares, todos ramificados do corolário do devido processo legal, parte para a identificação dos princípios decorrentes, dentre os quais, o do juiz natural, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio a partir do princípio denominado pelos juristas alemães de juiz legal (*gesetzlicher Richter*), terminologia, absorvida pela escola lusitana e devidamente traduzida na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXVII da Constituição Federal de 1988) (NERY JR., 1999, p. 64).

O princípio do juiz natural estatui, como consequência prática de sua sustentação jurídica, um sistema judicial permanente, compatibilizando-se com a arquitetura estatal que previu três poderes harmônicos e independentes entre si para endereçarem a eles atividades correspondentes e estrutura correlata, sendo, por isto, o princípio do juiz natural um desdobramento da atividade jurisdicional, para que possa exercer a parcela de poder relegada ao Judiciário, deve este, mais ou menos ocupar o território com órgãos judiciais previamente criados em todo o território nacional (DIDIER JR., 2016, p. 185).

Por outro lado, o princípio do juiz natural tem integrado seu valor jurídico, pela vedação a criação de tribunais de exceção que agasalha, isto é, os tribunais criados ou designados por deliberação estatal, ainda que legislativa, para julgar determinado fato, tenha ele já ocorrido ou não, certo será que o órgão para ter atribuição de julgar deve antes ter respaldo legal ou constitucional para cumprir tal finalidade (NERY JR., 1999, p. 64).

A inafastabilidade da jurisdição é um princípio processual estruturante do processo civil brasileiro, se relaciona com o elemento primordial do processo, qual seja, a jurisdição, pela qual, ninguém, nem mesmo o legislador, pode, ainda que por meio de norma, criar óbice de o jurisdicionado postular pretensão frente ao órgão jurisdicional competente.

Como bem lembra Mitidieiro (2005, p. 47), a inafastabilidade da jurisdição como princípio do processo civil, conforme a Constituição brasileira de 1988, é garantia de acesso irrestrito ao judiciário, já que até mesmo, a ressalva condicionante da “instância administrativa de curso forçado”, em que era necessário o esgotamento da via administrativa

para acesso à via jurisdicional, como por exemplo, em demandas envolvendo a Fazenda Pública, foi extirpada da cultura jurídica nacional, a partir da fundação do ordenamento de 1988, que, no entanto, manteve a ressalva apenas para questões desportivas (art. 217, § 1º da Constituição Federal de 1988).

Além do que, a garantia fundamental enquanto substância extraída do devido processo legal anima outro importante princípio de regência do processo, o contraditório, estruturando o processo como um procedimento participativo, para não dizer democrático, já que em seu reflexo o princípio do contraditório é requisito para o exercício democrático de um poder, assim, o pronunciamento jurisdicional estará, em regra, condicionado a síntese dos pronunciamentos das partes (DIDIER JR., 2016, p. 81).

Por sua vez, embora a ampla defesa, outro princípio, esteja expressamente prescrita no mesmo dispositivo constitucional que prevê o princípio do contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988), ainda que possa parecer mero acaso, é obra do constituinte em sua construção acurada, apontando a profunda conexão entre ambos os princípios, pois não há que se falar em contraditório sem defesa, tampouco, o inverso é verdadeiro, significando, pois, dizer que a ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório.

Com efeito, processo devido é processo público. O direito fundamental à publicidade dos atos processuais está garantido pela Constituição Federal de 1988, que estabelece possibilidade de restrição (mas não eliminação) da publicidade externa: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5, LX, CF/1988).

Por sua vez, o processo, para ser devido, há, também, que ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal. Realmente, é difícil conceber como devido um processo ineficiente.

O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: administrador de um determinado processo. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se o serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público – submetido, pois, às normas gerais do serviço público.

Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então, o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo.

Sob esta premissa, o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente.

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional.

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo).

Em resumo, tantos são os princípios que orientam o direito processual civil brasileiro quanto são os pontos de contato do tema processual com os demais segmentos do ordenamento jurídico, valendo, apenas ilustrar em superficial revista os princípios estruturantes do processo.

2.3.8 A garantia constitucional do processo jurisdicional civil.

Ao expressamente consignar a garantia do devido processo legal, o constituinte original enuncia o direito fundamental reconhecendo a capacidade que o mesmo tem de irradiar os demais direitos anteriormente mencionados, este ponto, a propósito, representa a costura entre a dogmática do direito processual e a influência do direito constitucional (NERY JR., 1999, p. 20), cuja condensação constituiu o que se convencionou denominar “direito constitucional processual” (SOARES, 2000, p. 28), inobstante não seja suficiente para criação de um ramo autônomo da ciência, mas sim para a criação de um ordenamento jurídico uniforme e consonante.

Por garantia, Mesquita (2002, p. 56) lembra, que deve ser entendido o termo com a diferença entre um direito meramente reconhecido ou atribuído em abstrato pela norma, e um

direito efetivamente protegido ou plenamente realizável, atuável, concretamente, lá onde seja possível sua violação, ou nas palavras do citado jurista.

A garantia constitucional de ação está umbilicalmente ligada à noção de efetividade, que pode ser escandida em efetividade técnica, relativa à possibilidade processual da ação, de garantir à parte o curso natural do processo, e efetividade qualitativa, que se poderia traduzir como a exigência de resultado alcançável na tutela de um interesse ou direito substancial, objetivando assegurar os direitos subjetivos e interesses legítimos, permitindo assim, identificar uma *effettività aggettiva* da tutela dos direitos e interesses merecedores de proteção, em função dos vários tipos de situações individuais.

A previsão constitucional apenas ratificou o dogma do monopólio da jurisdição, pois ainda que inexistisse tal previsão, o notório relevo do ordenamento jurídico estatal serviu de incremento para a função judicial do Estado contemporâneo, a par da responsabilidade decorrente do exercício do poder jurisdicional, pois tem cada órgão investido de tal capacidade, responsabilidades sob os diversos aspectos da vida em sociedade (SOARES, 2000, p. 50), como bem destaca Tessler (2004, p.84).

A vinculação do Estado aos direitos fundamentais é, indiscutivelmente, imediata. O legislador encontra-se imediatamente vinculado à edição de normas regulamentadoras dos direitos fundamentais que, por não apresentarem aplicabilidade imediata, dependem de concretização. A inércia do legislador em tais casos configura inconstitucionalidade por omissão. O Judiciário por sua vez, como também está vinculado a forma imediata à realização dos direitos fundamentais, diante da omissão do legislador não restar inerte. Cabe-lhe assumir a função de concretização dos direitos fundamentais do caso em tela. Ao Judiciário assiste a tarefa de conferir a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais e recusar a aplicação de preceitos que os violem.

Como se vê, a norma fundamental de garantia ao acesso à Jurisdição não está endereçada unicamente ao legislador infraconstitucional, como devedor da estrutura normativa e organizacional que permitam a satisfação do direito à tutela jurisdicional, mas também o próprio órgão jurisdicional está gravado com idêntico encargo (MITIDIERO, 2005, p. 88).

2.4 O PODER DE IMPOR O DIREITO, A JURISDIÇÃO

Na atual quadra histórica, com o surgimento dos contemporâneos Estados Democráticos de Direito, a partir do final da 2ª Guerra Mundial, ficou evidente o rompimento com o modelo absolutista e a evolução do modelo liberal, sendo premissa comum, desde a modernidade, o monopólio do poder nas mãos do Estado, que deve ser exercido em nome deste, sendo este monopólio de poder o elo entre Direito e Estado (PIMENTA, 2007, p. 20).

Por sua vez, a individualidade do integrante da sociedade, com a consciência de ser titular de direitos, obrigou os Estados contemporâneos a obediência mais rente a um ordenamento, munindo, inclusive, o cidadão de meios para se defender, tem, portanto, direito subjetivo o titular de um interesse juridicamente protegido (BEDAQUE, 2011, p. 13).

Ou como bem resume Tessler (2004, p. 158) “a partir do momento em que o cidadão, diante do não cumprimento espontâneo da obrigação de direito material, não pode simplesmente realizar seu direito por suas próprias mãos, tem o direito subjetivo de que o Estado concretize o seu direito”.

Desse modo, se o Estado detém, em nome do povo, o poder soberano é certo que ele empregue tal capacidade em função deste, sendo, por consequência, certo, também, que o arrendamento do poder popular, não impede o conflito de interesses, o desacordo de ânimos, a contraposição de vontades que origina o conflito, registradas nas palavras de Carnelutti (2015, p. 55) “ Assim, um dos dois homens requereria todo o pão para si e o outro se oporia a isso. Uma tal situação ainda não é a guerra entre esses indivíduos, mas contém em estado potencial, pelo qual se compreende que alguém ou algo deva interferir para evitá-la”.

Ainda na lição do citado autor, tem o Direito lugar para que não tenha guerra (CARNELUTTI, 2015, p. 35), assim deve o Estado atuar em favor da solução do conflito surgido da relação entre os dois sujeitos de direito, como lembra Mesquita (2002, p. 155) “O Estado não pode fugir à responsabilidade que lhe é imanente de assegurar meios eficazes de prevenir e restaurar a ordem jurídica justa, quando esta se houver por ameaçada ou violada por quem deveria respeitá-la e manter-lhe a integridade”.

No mesmo sentido, a consagrada percepção do Ihering (2009, p. 23):

Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes para o direito devem ter sido, em sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que alguém esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança. O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira.

Por seu turno, o texto constitucional estabelece que a lei não exclua da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, enfatizando que a proteção judicial efetiva abrange

não só as ofensas, mas também as ameaças, definindo, ainda, duas condutas, ainda que possam ser compreendidas omissiva ou comissivamente, sem, contudo, fazer exigência quanto ao agente de tais condutas, podendo ser proveniente do Poder Público ou decorrente do conflito privado (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 495).

Na oportunidade, arremata Dinamarco (2013, p. 91) o seguinte:

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico- substancial e da própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) – sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.

Desse modo, desemboca, pois, na necessidade de compreender um importante elemento da ciência do direito processual, denominado jurisdição e a sua relação com o processo, pois não há que se falar em jurisdição sem previamente conceituar processo, ainda que deste conceito prescindam o estudo da jurisdição (DINAMARCO, 2013, p. 92), vez que o grande veículo encampado em favor das finalidades jurisdicionais é o processo (SOARES, 2000, p. 46).

2.4.1 A perspectiva funcional da jurisdição como conceito e suas consequências

A jurisdição conceitualmente pode ser compreendida como uma função estatal delegada a órgão estatal pertencente a estrutura do Poder Judiciário, mantido equidistante das partes interessadas, capaz de realizar o Direito de modo imperativo, reconstutivo, reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão fundamentada, insuscetível de controle externo, com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JR., 2016, p. 155).

Por ser função, isto é, atividade em nome e no interesse de terceiro (MARINELA, 2013, p. 15), no caso do povo, relaciona-se com a estrutura estatal, a qual, imanente, é representada por um dispositivo de três peças, a cada qual é destinada uma função precípua e indelegável (MEIRELLES, 2008, p. 61), cabendo a estrutura judicial responder pela função jurisdicional, onde todos os seus órgãos estarão investidos de tal capacidade, isto é, aplicação coativa da norma aos interessados (GONÇALVES, 2009, p. 47), conduzindo estes para a ordem jurídica justa.

Sob este enfoque, vale registrar a contribuição de Dinamarco (2013, p. 132-136):

O poder é uma inerência deste [Estado] e chega-se a afirmar, até, que “o Estado é poder”. Se poder é a capacidade de impor as próprias decisões, nem logicamente se pode conceber a convergência de uma suposta pluralidade de poderes sobre uma só entidade: dispondo ela de poder, ou seja, dessa capacidade, exercê-lo-á em variadas direções, conforme os objetivos específicos e, portanto, as funções assumidas. Por isso é que, em vez de definir-se como um poder do Estado, a jurisdição deve ser vista como uma das expressões do poder estatal, que é uno. [...] A diferença está, verdadeiramente, nas variadas funções que o Estado tem por suas e que projetam reflexos de suas próprias peculiaridades na forma, características e disciplina positiva do exercício do poder enquanto voltado a cada uma delas. Função é, em última análise, serviço (do latim: *functor, -eris, functus sum, fungi* = cumprir, exercer) e cada uma das funções do Estado é um conjunto de serviços a serem prestados mediante atividades preordenadas a certos objetivos e que costumam ser agrupadas e distinguir-se das demais precisamente em razão dos objetivos perseguidos.

Como bem se faz notar, tal preocupação reside e, portanto, proposta de arranjo existe, dada as devidas atualizações da referência a seguir, a jurisdição está à disposição do processo, porquanto este seja o único veículo para o seu acesso (SOARES, 2000, p. 46), fazendo com que entrem em juízo, aqueles que não tem juízo. Visto que este é próprio do homem, o processo serve para substituir o juízo de um pelo juízo de outro ou outros, de modo que o juízo de um se torne regra de conduta de outro (CARNELUTTI, 2015, p. 66).

Ademais, importante lembrar a lição de Aristóteles (2009, p. 114), reforçando a necessidade da estrutural jurisdicional para as finalidades sociais:

Aliás, crendo-se que a lei não possa tudo especificar, poderá um homem fazê-lo com precisão? Quando a lei tem assentado com zelo as regras gerais, ela abandona os detalhes à inteligência e a apreciação mais justa dos magistrados, para que julguem e decidam. Autorizados mesmo a corrigir e retificar, caso a experiência lhes prove ser possível fazer melhor que as disposições escritas.

A partir do conceito, verifica-se as notas características da capacidade jurisdicional que melhor fazem-na ser compreendida, sua natureza substitutiva é de longe elemento fragante, onde o Estado-julgador intervêm em uma relação jurídica conflituosa para, substituindo as partes interessadas, indiquem o caminho da vigente ordem jurídica justa, o que por sua vez, traz a reboque, outra elementar configuração, a equidistância das partes.

Para que possa o Estado-julgador substituir-se a vontade das partes, sobretudo para assegurar o valor ético do processo, afastando qualquer desconfiança das partes em conflito, em atenção aos direitos fundamentais, deve o órgão jurisdicional estar equidistante do interesse das partes, o que conduz a noção de desinteresse, não de imparcialidade, tampouco da mitológica e impossível neutralidade.

Em consequência da equidistância, a atividade desempenhada pelos órgãos jurisdicionais deve ser provocada, partindo da concepção constitucional de civilidade participativa, o texto constitucional pressupõe que todo aquele que se sentir ameaçado ou sofrer lesão a direito que seja titular, será dissuadido, pela estrutura estatal a buscar por meio do órgão jurisdicional o caminho para a ordem jurídica justa.

Por ser capacidade estatal em função do poder popular, a jurisdição tem atuação imperativa, dotada de poder suficiente e meios bastantes para persuadir e sujeitar os indivíduos às determinações exaradas conforme a ordem jurídica justa, o que, por sua vez, conduz a um aparente problema, o fato da ordem jurídica justa não está íntegra, quando os textos jurídicos existentes, se aplicados de maneira dedutiva, não apresentam uma solução suficientemente clara.

Uma vez que o texto constitucional imputou ao Estado- julgador a apreciação de lesão ou ameaça de direito, implicitamente também vedou que o Estado-julgador furte-se de satisfazer o indicado direito fundamental sob a alegação de falta de norma ou obscuridade que lhe pudesse impedir de cumprir seu mister, logo, ao órgão jurisdicional lhe resta uma atividade jurídico-intelectual de criação de uma norma individualizada de aplicação concreta, em conformidade com as demais disposições normativas, gerais e abstratas, no sentido de permitir a recepção daquela na ordem jurídica.

A par disto, revela-se outra característica que deve a jurisdição prestar, a capacidade desta norma originada da cognição jurisdicional, tornar-se norma jurídica, integrando o ordenamento jurídico e por isto, restando como decisão insuscetível de discussão, pois produto final do processo jurisdicional, onde se observou as garantias fundamentais expressas constitucionalmente.

Ou seja, jurisdição é a capacidade de apreciação por parte dos órgãos estatais do Poder Judiciário investidos de tal poder, tendo a disposição os meios legais de prestar medidas de prevenção, repressão e restauração, para quem, delas necessitem e desse modo, promovam o acesso à ordem jurídica justa (MITIDIERO, 2005, p. 46), o que harmoniza, no processo civil, a ideia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constituindo assim fator de aproximação do processo à política, entendida esta como o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado (DINAMARCO, 2013, p. 98).

Inicia-se, portanto, o processo jurisdicional civil com o exercício do direito de petição específico, denominado “ação” processual, apresentando-se ao Poder Judiciário dada a situação jurídica para que esse a resolva, fazendo justiça. O direito ao processo, pois, concretiza-se, sob o ponto de vista do demandante, outorgando-se ao mesmo o direito e a pretensão à tutela jurisdicional, franqueando-se a esse a “ação” processual como um veículo eficaz de acesso ao processo. Do ponto de vista do Estado, garante-se o direito de processo mediante a inafastabilidade da jurisdição, devendo o órgão jurisdicional prestar tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva a quantos (MITIDIERO, 2005, p. 45).

2.4.2 A ação como direito de acesso à jurisdição

Contudo, cabe de relance adentrar à questão do meio de provocação do processo jurisdicional, qual seja, a ação, pela qual o exercício da jurisdição é provocado, dando início ao processo (DINAMARCO, 2013, p. 91). A ação foi instituto do processo que permaneceu durante muito tempo da maturação da ciência do direito processual sob o seu principal enfoque, conforme (MITIDIERO, 2005, p. 91).

A história do processo civil e a maneira como se estabeleceram as relações de poder entre o indivíduo, a sociedade e o Estado em grande parte podem ser surpreendidas no modo como se cuidou desse problema ao longo do tempo. Os processualistas cuidaram da ação por um motivo específico: através desse conceito buscavam explorar as relações entre o direito material e o processo civil. Contemporaneamente, porém, sabemos que todo o processo reage ao plano do direito material, não se cingindo ao imbricamento entre o direito e o processo à categoria da ação.

Desse modo, a primeira concepção do direito de ação, ainda apoiada na ideia pragmática do direito romano, a teoria imanentista concebia a ação como um direito à tutela jurídica surgida a partir da lesão de um direito, representando unicamente a ação material, sem com isso ser capaz de explicar as hipóteses de improcedência da ação e a existência da ação declaratória negativa (MITIDIERO, 2005, p. 93).

Por esta razão, deu lugar a teoria concreta, a qual considerava o direito de ação a certeza do pronunciamento favorável, onde ter ação, é ter direito, portanto, razão e conseqüentemente direito à decisão favorável (MITIDIERO, 2005, p. 97), causando, certa confusão entre os planos materiais e processuais, pois ainda que fosse reconhecido o direito de ação, somente se estaria afirmando o direito ao processo, sem com isso significar a

procedência do pedido, que estaria, ainda, condicionada a existência de um direito no plano material (MITIDIERO, 2005, p. 102).

No passo seguinte, a ciência do direito processual vivenciou a experiência da teoria abstrata da ação, em que se reconhece o poder de reclamar uma decisão de qualquer conteúdo, explicando, na ocasião, o fenômeno da decisão de improcedência, mas deixando de considerar as decisões destituídas, em seu conteúdo, do pronunciamento de mérito.

Restando as condições necessárias de uma teoria que apartasse a celeuma entre as duas correntes teóricas, daí então, a formulação de uma teoria eclética, em que as duas correntes são fundidas e temperadas para explicar o direito de ação como um direito ao processo e a um julgamento de mérito (MITIDIERO, 2005, p. 104), a partir da racionalização do direito de ação mediante suas condições, conforme explica Lopes (2009, p. 39).

Insurgindo-se contra as teorias concretas, mostra Liebman que o autor não tem direito a uma sentença favorável, porque o êxito da demanda depende da efetiva existência do direito material e de condições de caráter processual. A ação é o direito de provocar a jurisdição para se obter um provimento de mérito, favorável ou desfavorável, isto é, nenhuma lei pode garantir, antecipadamente, a vitória [...]. Para que o autor tenha direito a ação, impõe-se que a observância de alguns requisitos, denominados condições da ação, indispensáveis para que o juiz seja obrigado a decidir o mérito da causa.

De toda sorte, assim como as demais, a teoria eclética é digna de críticas em razão de suas deficiências (LOPES, 2009, p. 42), como no caso da teoria eclética, em que o plano processual e material se confundem, dando causa ao fenômeno da “carência da ação”, pois as análises das citadas condições estariam a refletir a análise da relação substancial, que atualmente, não desconsidere o aprendizado adquirido com o conhecimento, aqui, rapidamente, perlustrado, como destacado por Lopes (2009, p. 43).

De outro lado, o critério adotado permite estabelecer distinção entre o direito de ação (direito de obter um provimento jurisdicional sobre o mérito) e o direito de petição (conceito mais amplo, que abrange, além da simples movimentação da máquina judiciária, o direito de representação contra abusos ou irregularidades praticadas por autoridades e agentes públicos).

Neste ponto, Mesquita (2002, p. 54), considerando o Estado de Direito, em que a violência privada é substituída pela petição à autoridade, torna evidente que se deve dar a todo sujeito de direitos a faculdade de obter a justiça por intermédio da autoridade, registrando, por fim, ainda que contrapondo, a seguinte inteligência:

Sobreleva gizar a particular concepção de Couture quando ao direito de ação, enquanto espécie do gênero de petição, em face da abrangência que encampa todos

os órgãos do Poder Público, principalmente o Judiciário que, nessa estrutura, consubstancia um dos poderes do Estado.

Certo é que, hodiernamente, o direito de ação é um complexo de situações jurídicas (DIDIER JR., 2016, p. 179) que irradia um feixe de capacidades ao seu titular, como a capacidade de provocar a jurisdição, iniciando o procedimento processual (sic), a capacidade de escolher o procedimento adequado, o direito de recorrer, e ainda o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Nesse sentido, Mitidiero (2005, p. 119):

A ação processual, portanto, é o veículo através do qual colocamos o mecanismo estatal em andamento; é exercício da pretensão à tutela jurídica contra o Estado. Nela invocamos a pretensão e ação de direito material. Trata-se de instrumento, não comportando classificação, nem procedência ou improcedência: aliás, se nos fosse dado cogitar de procedência ou improcedência dessa categoria, a “ação” processual, é bom que se diga, seria sempre procedente, de vez que seu fim se cifra ao alcance da tutela jurisdicional (e o órgão jurisdicional não pode eximir-se de decidir!). O que procede ou improcede, é o pedido, elemento da ação material, e, com isso, ela mesma.

Com efeito, na medida em que a atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico material e a pacificação da sociedade dependem, invariavelmente, da função jurisdicional do Estado (BEDAQUE, 2011, p. 24), mais íntima torna a relação entre o direito material e o processo em busca da implementação de suas finalidades, por isso, se pode afirmar, a partir da concepção instrumental do processo, que seus institutos sejam concebidos em conformidade com a necessidade do direito substancial, redundando, pois, em dizer que o processo está impregnado do direito material. (BEDAQUE, 2011, p. 23).

Em arremate, bem resume Marinoni (2013, p. 48), lembrando que o fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente as variadas situações de direito substancial

2.4.3 A jurisdição teleológica e a indissociável relação entre direito e processo.

A par dos fins estatais, e conseqüentemente dos propósitos jurisdicionais, é indispensável, também, ter em vista as necessidades e aspirações do povo, dentro do contexto temporal, ao qual o elemento cultural é influência marcante a determinar os conceitos de

“bem comum”, de “justiça”, sobretudo porque o valor liberdade e o valor igualdade não tem a mesma dimensão nos Estados socialistas em relação aos Estados de inclinação liberal.

Contudo, há uma tendência, de certo modo, universal, quanto ao dever que o Estado tem e mediante o processo que exerce, de interferir, em nome da chamada paz social, para interferir na vida da própria sociedade e na relação de seus membros, por intermédio da jurisdição como meio de tutelar o ordenamento em reação aos possíveis abusos ou desvios de poder pelo agente estatal (DINAMARCO, 2013, p. 187).

Não foi causal o surgimento da ideia de um escopo metajurídico da jurisdição, geralmente localizado na paz social. Ao Estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade. Talvez, seja vago dizer que do processo se espera justiça, tanto quanto é vaga a afirmação de que o fim do Estado é o bem comum. São conceitos plásticos que carecem de contornos próprios e se modelam segundo as premissas culturais e as necessidades presentes de cada povo.

A percepção de tudo o que antes se fez constar conduz a inferência de que, diante do exame de legitimidade estatal, o poder deve ser exercido no sentido de convenientemente organizar a vida em sociedade, assegurando condições justas para que cada um dos membros possa realizar suas aspirações individuais, conservando, no entanto, bens e valores que assim influencie positivamente a vida do grupo social e de cada um de seus componentes.

Por este aspecto, a função jurisdicional se relaciona à função legislativa, sob uma única finalidade tutelar a sociedade, visto que, dada a sua competência, é possível afirmar que a edição da norma que integrará o ordenamento jurídico justo, representado, então, uma tutela judicial do legislativo ao pronunciar as normas gerais de caráter abstrato, em paralelo a atuação do Judiciário em relação a tutela jurisdicional, ambas resultantes do processo, ainda que respectivamente, o processo legislativo e o processo jurisdicional.

Eis porque a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação do processo como mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça (MITIDIERO, 2005, p. 21).

Acompanha o entendimento exposto, o jurista amazonense Mesquita (2002, p. 155).

Com efeito, este é o caminho a ser perseguido, tutelas diferenciadas para interesses materiais diferenciados, por meio de procedimentos modeláveis, mas a tutela jurisdicional, esta deve ser inflexível, no sentido de dever ser buscada a qualquer custo, porque só assim terá o processo, enquanto instrumento do direito material, utilizado pelo Estado para a pacificação social, alcançado seu escopo, inexoravelmente tutelar.

A tomada de consciência teleológica, com a especificação dos objetivos visados e do modo como interagem, é premissa que norteia a processualística atual em busca de uma otimização da prestação do serviço jurisdicional, porquanto a República Federativa do Brasil esteja constituída em Estado Democrático de Direito, que seja, então o processo o meio de expressão das soluções de Direito, marcando o processo de inegável função social (Lopes, 2009, p. 45).

Portanto, pode-se afirmar que o a atividade jurisdicional, como atividade jurídica, isto é, desempenhada pelo Estado, deve, por meio do processo, atender valores aos quais o Estado se vinculou mediante a edição de sua Constituição, dentre os quais a democracia e seus valores consagrados, quais sejam, vida, liberdade e igualdade. Aliás, esses três valores que em constante ampliação de sentidos orientam o desenvolvimento da sociedade, ou, nas palavras de Theodoro Júnior (2012, p. 261).

O processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo, não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, de preferência à garantia de um devido processo legal.

Como se vê, se verá no próximo capítulo, a tutela jurisdicional não se restringe ao provimento de procedência do pedido, tampouco se identifica com a afirmação jurídica do reconhecimento de um direito no plano material, pois haverá tutela jurisdicional toda a vez que o órgão julgador, investido de jurisdição, pronunciar-se, por meio do exercício do direito de ação em um processo participativo, acerca de determinada relação jurídica substancial, com acatamento ao devido processo legal, assim existirá a tutela jurisdicional, a qual compreende os instrumentos, meios, técnicas e procedimentos para dar provimento jurisdicional, permitindo o acesso à ordem jurídica justa (TESSLER, 2004, p. 157).

3 – TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS E TÉCNICAS PROCESSUAIS.

3.1 TUTELAS JURISDICIONAIS E ELEMENTOS INTEVENIENTES

3.1.1 Tutelas, tutela de direito e tutela jurisdicional

O termo tutela, do latim “tueri”, significa proteger (MELO, 2010, p. 11), sugere a atuação protetora do Estado de Direito moderno, onde o Estado detém o monopólio da força física, a qual foi expropriada dos indivíduos. Vedando-se a possibilidade de autotutela (TESSELER, 2004, p. 158), para assegurar a esses a liberdade e a estabilidade em suas relações sociais.

No processo jurisdicional civil, a tutela é termo que se presta a designar a tutela jurisdicional, resultado da atividade jurisdicional, considerando ainda os efeitos substanciais, sejam jurídicos e práticos que o provimento jurisdicional projeta ou produz sobre dada relação material, não podendo ser confundida a prestação jurisdicional, que no plano formal, se encerra com a mera declaração ou certificação do juízo acerca da pertinência deduzida com o que abstratamente é resguardado pela ordem jurídica (GOÉS, 2010, p. 552).

Igualmente, a noção de tutela jurisdicional não se confunde com tutela de direitos, embora sejam denominações referentes à observação de um mesmo instituto, contudo, em perspectiva diversa (SOARES R., 2000, p. 119), enquanto tutela jurisdicional refere-se a tutela prestada mediante o exercício do processo de aplicação da jurisdição, após provocada pelo exercício do direito de ação, a tutela de direitos refere-se a tutela material, isto é, refere-se a uma norma secundária de proteção pelo direito material contra a violação de sua norma (TESSLER, 2004, p. 156).

Como se vê a distinção entre tutela jurisdicional e tutela de direitos encontra-se na verificação da tutela, neste caso, do ponto de vista do direito material, enquanto naquele, do ponto de vista do processo, sendo, única, assim como o direito de ação. Neste aparte é preciso distinguir que a tutela é sempre instrumento jurídico porque decorre dos deveres prescritos pelo ordenamento jurídico ao Estado, no sentido de este proteger, por isto, “tutelar” os direitos previstos no ordenamento jurídico, cumprindo sua função de garantidor dos direitos dos indivíduos, destituídos da possibilidade de autotutela (SOARES, 2000, p. 119).

Para Muritiba, toda pessoa que vai ao juízo em busca da realização de sua pretensão tem de se submeter ao processo de conhecimento, que se revela como atividade cognoscitiva a encargo do órgão judicante, com a finalidade de atestar que a pretensão deduzida pelo autor está realmente fundamentada pelo ordenamento jurídico, de modo que lhe seja lícita a obtenção dos efeitos que são pretendidos (MURITIBA, 2006, p. 25).

Desse modo, a partir da prévia necessidade de certificação da procedência da pretensão do autor, a doutrina chega a entendimento mais ou menos uniforme, sobre a atividade cognitiva realizada no processo (MURITIBA, 2006, p. 25).

Com efeito, Muritiba (2006, p. 26), relaciona os conceitos de Liebman, para quem a atividade no processo de conhecimento destina-se a “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”, desse modo, “a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico [...] fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certo ponto de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado”.

Ao passo que na visão proposta por Chiovenda (apud MURITIBA, 2006, p. 26), “a mais plena forma de provimento do juiz é a sentença, que, baseada em completo conhecimento da causa, com prévio exame a fundo – bem entendido – de todas as razões das partes acolhe ou rejeita a demanda”.

Em resumo, a partir da perspectiva instrumentalista, que estabelece os contornos sociais, políticos e jurídicos do direito processual (JOBIM, 2011, p. 92), pode-se compreender a tutela jurisdicional, como instrumento que dinamiza, no plano da jurisdição, o que abstratamente estabeleceu-se como meta do Estado e da Constituição, por intermédio da tutela jurídica, a tutela jurisdicional deve ter aptidão para realizar tudo aquilo que foi eleito, no plano do Estado Constitucional e Democrático de Direito, como digno e merecedor de proteção (GOÉS, 2010, p. 552).

3.1.2 Tutela diferida de direitos, pronunciamento jurisdicional e decisão

Por sua vez, tutela diferida é conceito cunhado em decorrência da indissociável influência do direito material sobre o processo, este sob o perfil instrumental, assume o compromisso de realizar o direito material (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 22), por isto, é impensável a existência de uma única tutela, ainda que isso se verifique apenas no plano

processual, há que se reconhecer, no plano substancial, que tantas são as tutelas quanto variados são os direitos a serem tutelados (MITIDIÉRO, 2013, p. 56).

Assim, tutela diferenciada define-se pela prestação da tutela jurisdicional de forma diferenciada da forma comum – procedimento comum – de prestação da tutela jurisdicional para tutela de direitos, isto é leva-se em conta as necessidades do direito material, adaptando o procedimento a estas necessidades (MITIDIÉRO, 2013, p. 93), então da perspectiva de direito material, proporciona formas de proteção alternativas à prestação jurisdicional convencional ou viabilizando medidas que capacitem o processo a prestar a tutela de direitos adequada (SOARES R., 2000, p. 136).

A par disto, assevera Bedaque (2011, p. 76):

A tendência à flexibilização não se limita à forma e ao procedimento. Estende-se também a proteção obtida pela via processual. Fala-se muito, hoje, em tutela jurisdicional diferenciada como fator decisivo para efetividade do processo. Trata-se de concepção teórica preocupada com a adaptação da tutela jurisdicional e seus instrumentos às especificidades do objeto desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão judicial, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela.

Como já dito, tutela e pronunciamento jurisdicional diferem, vez que aquela significa o objeto processual pretendido, que nem sempre será certificada a existência do direito afirmado mediante o conteúdo decisório de determinando pronunciamento jurisdicional, veja-se, por exemplo, as sentenças terminativas, que sem resolução de mérito tem conteúdo decisório, formato de sentença, mas não deferem a tutela jurisdicional pretendida em favor de quem a pleiteia.

Como se pode concluir, tutela jurisdicional é elemento distinto relacionado ao conteúdo do pronunciamento jurisdicional decisório que pode, a depender de outros elementos processuais, ser revestido sob a forma de uma sentença ou de uma decisão interlocutória, estas formas de sistematização da decisão jurisdicional prolatada como fenômeno processual a fazer uma respectiva correspondência com o sistema recursal do processo civil (DIDIÉR JR., 2016, p. 312).

Dessa sorte, o pronunciamento jurisdicional instrumentalizado por meio de sentença ou de decisão interlocutória, ambas espécies de decisão judicial, não podem ser confundidos,

especialmente em prestígio do emprego da linguagem científica do processo, porque são espécies distintas de pronunciamento jurisdicional ou de decisão judicial (GHEDINI NETO, 2015, p. 259), embora seja digno de nota a noção equivocada de que sentença é costumeiramente utilizada para designar toda e qualquer decisão judicial (DIDIER JR., 2016, p. 311).

Não se pode esquecer que há também os pronunciamentos jurisdicionais destituídos de conteúdo decisório (GHEDINI NETO, 2015, p. 259), chamados despachos e que inevitavelmente não trazem em seu conteúdo uma tutela jurisdicional, evidenciando a lógica de que toda a tutela jurisdicional é deferida mediante um pronunciamento jurisdicional decisório, mas nem todo pronunciamento jurisdicional será veículo de uma tutela jurisdicional, daí não ser possível confundir tutela jurisdicional com o tipo de provimento jurisdicional (GOÉS, 2010, p. 553).

Assim, não há que confundir as nomenclaturas dos pronunciamentos jurisdicionais com as tutelas jurisdicionais, vez que a tutela jurisdicional, como resultado útil da atividade jurisdicional do Estado, é auxiliada por providências, meios e técnicas destinadas a satisfazer o fim do processo (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 22), portanto, é irrazoável pensar que o Estado irá atingir seus fins jurisdicionais de realização da tutela de direitos materiais por meio de invariados tipos de sentenças proferidas no processo.

Ou seja, não se fala em sentença reintegratória, tampouco em sentença ressarcitória, como lembra Marinoni (2013), estas seriam adjetivações reservadas às tutelas de direitos, porque dizem respeito ao conjunto de providências materiais, meios, que, em cada caso, espelhem as necessidades reais para a provisão de uma efetiva proteção dos direitos materiais (GOÉS, 2010, p. 553)

A par disto, cabe, primeiramente, analisar os aspectos formais das espécies de pronunciamento jurisdicional decisório, decisões em sentido amplo, sempre fundamentadas, dentre as quais estão compreendidas as sentenças e as decisões interlocutórias, passando-se a tecer análise acerca da sentença, a qual necessariamente designa o pronunciamento decisório do juízo singular, que, com fundamento no art. 485 ou no art. 489 do CPC, encerra a fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução, ressaltando-se os casos de procedimento especial, em que haverá mais de uma fase e conseqüentemente uma respectiva sentença para cada fase (DIDIER JR., 2016, p. 313).

No caso do pronunciamento jurisdicional ter sido proferido por órgão julgante estruturado sob a forma de um colegiado, como são os Tribunais, não há que se falar em sentença, mas em acórdão, sendo assim chamado porque para a sua formação concorrem as vontades de vários membros que compõe o órgão colegiado e, inobstante seja designado por nome diverso, contém pronunciamento decisório funcionando como se sentença fosse, sobretudo nos casos de competência originária do órgão jurisdicional colegiado (DIDIER JR., 2016, p. 315).

Ainda se tratando do pronunciamento dos órgãos julgantes singulares, há à disposição para a comunicação de suas determinações, as decisões interlocutórias, as quais decidem as questões discutidas no processo sem deter aptidão para por fim ao processo ou a qualquer etapa deste, ainda que possa ter o mesmo conteúdo da sentença difere desta porque não é capaz de resolver etapa do processo ou realizar coisa julgada, se não for atacada por recurso próprio.

De igual modo, os órgãos julgantes compostos têm a disposição pronunciamentos decisórios sem predisposição para o encerramento de etapa processual, sendo chamados de acordãos interlocutórios, como no caso do exame de pedido de concessão de tutela provisória em ação direta de inconstitucionalidade, importando, por exemplo, para a ordem cronológica de conclusão prevista no art.12 do Código de Processo Civil em vigor, em que somente se aplica para a prolação de acordãos finais.

Entretanto, vale lembrar ainda a existência de pronunciamentos jurisdicionais realizados por membros integrantes de órgãos colegiados, mas que por força de disposição legal ou regimental, tem competência para a análise de determinadas questões em que consequentemente decidirá monocraticamente, podendo ser esta decisão interlocutória ou final, seguindo a mesma lógica do que se expôs acima (GHEDINI NETO, 2015, p. 259).

As espécies de decisão jurisdicional apenas servem como veículo de suporte de uma tutela jurisdicional pretendida, a qual somente será conferida, se no plano da relação jurídica substancial for verificada a existência do direito afirmado, seja ele subjetivo, potestativo, difusos ou coletivos, se reconhecido, será assegurado pela tutela (BEDAQUE, 2011, p. 15), consistindo pois na segurança conferida pelo processo aos direitos vindicados.

3.1.3 A insuficiência da tutela condenatória

Bedaque (2011, p. 17), desenvolve seu conceito acerca do processo, dizendo se tratar, de ciência que busca construir um método adequado para verificar a existência de um direito afirmado, e assim, conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material.

Contudo, lembra Marinoni (2013, p. 50) que os ideais liberais vividos na idade moderna, sobretudo a partir da Revolução Francesa influenciaram a concepção do processo sob a perspectiva da igualdade formal, isto é, a igualdade de todos perante a lei, proibindo o legislador de estabelecer tratamentos diversificados às diferentes posições sociais, isto para evitar ao máximo a intervenção do Estado na esfera dos particulares em prestígio da preservação do direito de liberdade.

Nesta perspectiva, lembra o citado autor (MARINONI, 2013, p. 50), que para ser conservado o direito de ir à juízo, bastaria se dar ao cidadão o direito formal de apresentar sua pretensão em juízo e proibir o Estado de obstaculizar o exercício deste direito, daí a ideia de uniformidade procedimental, ou da existência de um único procedimento para atender a tudo e a todos.

O Código de Napoleão é exemplo clássico que evidencia as marcas da influência liberal na ciência processual civil, pois o referido diploma apoiava-se na previsão de comando normativo (art. 1.142) no sentido de que toda obrigação de fazer e não fazer resolver-se-ia em perdas e danos, caso houvesse inadimplemento, isto para preservar o dogma da dita “neutralidade” do juiz, como também para manter em funcionamento os mecanismo de mercado (MARINONI, 2013).

Ocorre que tal entendimento induz a equivocada conclusão de que seria possível “igualizar” todos os bens jurídicos reduzindo-os a uma importância econômica, onde o único objetivo é impor uma sanção ao faltoso e preservar a dinâmica do mercado econômico, expressa na tutela pelo equivalente pecuniário unicamente em observância ao custo econômico do valor da lesão.

Sob esta perspectiva, pensar em uma forma de tutelar outros direitos em consideração de determinados e relevantes interesses econômicos, como no caso do meio ambiente, era um objetivo distanciado, para não dizer impossível se falar em uma tutela jurisdicional

diferenciada, demonstrando uma superação do paradigma da igualdade formal para reconhecer a necessidade de um tratamento diferenciado a determinados direitos (MARINONI, 2013).

Marinoni (2013, p. 52) aponta para a superação do modelo de igualdade formal com a evolução histórica que transformou a sociedade contemporânea, sobretudo a partir do surgimento de ideias como os direitos fundamentais à prestação social, à proteção e à participação, identificando, como exemplo do direito à proteção, o direito do consumidor, isto é, uma tutela baseada em prestações normativas capazes de impor condutas e proibir ações mediante técnicas processuais idôneas à sua efetiva proteção, assim surgindo a necessidade por uma tutela diferenciada da tutela ressarcitória pelo equivalente econômico.

Inclusive, a ideia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial conflui ao encontro da tentativa isolacionista do processo em relação ao direito material promovidas pela escola sistemática, ou autonomista, que ao redor da concepção do direito de ação delineou os conceitos de sentença, baseado unicamente em critérios processuais, foram incapazes de dar significado à prestação jurisdicional (MARINONI, 2013, p. 47).

Exatamente sob a influência tardia da escola autonomista o Código de Processo Civil de 1973, ora revogado pela Lei nº 13.105 de 2015, que se adotou a teoria trinária das ações, onde para cada ação pretendida corresponderia a uma sentença de determinado efeito da prestação jurisdicional desejada, podendo ser divididas em ações de conhecimento, cautelares e executivas, ainda que na terminologia do diploma processual revogado, houvesse falar em processo, em verdade, se estava a ratificar a prestação jurisdicional.

3.1.4 Tipologia da prestação jurisdicional

No dito “processo” de conhecimento, o órgão estatal investido de jurisdição toma conhecimento de uma relação jurídica em crise, certificando, ou não, a existência de determinado direito afirmado, ainda funcionando o processo de execução para satisfazer o credor de determinada obrigação, sem a necessidade de cooperação direta do devedor, inclusive podendo forçar o cumprimento em contrariedade à vontade deste, do resultado desejado concretamente pelo ordenamento jurídico (MARCATO, 2013, p. 41).

É importante, no momento, registrar a influência de dois sistemas jurídico-processuais contemporâneos, a dicotomia existente entre os sistemas que derivam do direito romano-canônico, como no caso do brasileiro, em que a ideia da jurisdição parte da premissa de declaração, em oposição ao modelo anglo-americano, que privilegia a realização efetiva do direito, por meio do poder de “imperium” e não como o seu mero “accertamento”, transmitindo a impressão de que o direito anglo-saxão é mais eficaz que os de matriz baseada no “civil law” (SOARES, 2000, p. 47).

Igualmente importante apartar os conceitos de processo e procedimento, enquanto processo diz respeito ao método de trabalho de racionalização da jurisdição, é uno, podendo ser composto de um procedimento e da relação processual (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 252), o procedimento, é um conjunto variado de atos realizados pelos sujeitos processuais em ordem sequencial e lógica que podem ser divididas em fases (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 130), todavia, comumente é equivocadamente empregado o termo processo para se referir a procedimento, como, por exemplo, o “processo” de conhecimento.

Com efeito, o processo cautelar não se preocupa com a formulação de uma tutela jurisdicional final, não concretiza o direito material, porquanto instrumento do próprio processo, consistindo em uma tutela jurisdicional processual, como nota Mesquita (2002, p. 255), a prestação jurisdicional cautelar não serve para conceder mais do que seria possível obter com o provimento resultante do processo cognitivo ou executivo.

Contudo, Mitidiero (2013, pp. 35-36) registra críticas à classificação que reconhece a prestação jurisdicional cautelar ao lado da prestação jurisdicional de conhecimento e de execução, pois não se deve confundir a prevenção, pretensamente apontada como nota distintiva da prestação cautelar, vez que sequer possa dizer sinônimas as palavras cautela e prevenção.

De igual modo, não se pode falar que a prestação cautelar tenha serventia exclusiva para o processo, senão unicamente para o próprio direito material, exatamente por isto, devendo ser reconhecida sua orientação de meio e não de fim, portanto, apartada das prestações jurisdicionais de fim, quais sejam de cognição e de execução.

Ainda sobre o provimento cautelar, a evolução das concepções da dogmática processual influíram para o entendimento de que o dito “processo” cautelar, tão destacado

pelo Código de Processo Civil de 1973, merecendo, por isto, um livro próprio (Livro III), não poderia servir como provimento jurisdicional, mas sim como mera técnica processual à disposição do órgão estatal investido de jurisdição no sentido de permitir o implemento da tutela jurisdicional efetiva (RIBEIRO, 2015, pp. 95-96).

O citado entendimento é verificado na locução do Código de Processo Civil de 2015, vez que já não se fala em processo cautelar autônomo, mas em tutela cautelar, prestada sempre em um processo dito “principal”, seja na forma antecedente ou incidente, evidenciando a lógica de que cautelar é a medida processual, portanto, técnica acessória da tutela jurisdicional, daí porque não fazer sentido ser tida como um processo autônomo (RIBEIRO, 2015, p. 97).

Como se vê, há que se falar em prestação jurisdicional pois, por meio da ação, excita-se a jurisdição a se pronunciar acerca da pretensão deduzida, se esta encontra respaldo com o que abstratamente é resguardado pela ordem jurídica, encerra-se a atividade prestativa com a resposta, pouco importando o conteúdo desta, ainda que possam ser classificadas em prestação de conhecimento e de execução, a depender do procedimento em que foi proferida (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 319).

Ou seja, o conceito de ação, como decorrência de um agir de quem tem um interesse e legitimidade para assim conduzir-se é atitude de largo alcance e, por tal razão, não pode circunscrever-se num só e único universo de percepção, pois não se pode perder de vista, que a ação guarda toda ontologia, toda constituição e estrutura do direito material, sendo sua projeção dinâmica, seu desdobramento natural (GOÉS, 2010, p. 545).

Em vistas disto, a conceituação da ação não pode ser ignorada pelo fenômeno da tutela jurídica dos direitos, o fenômeno processual, e dentro dele a ação, só pode ser analisado e bem compreendido se se proceder à sua correlação com o todo em que se acha integrado, cabendo, sobrelevar, o direito de ação no plano processual, conduzindo unicamente a inarredável prestação jurisdicional, ao passo que o direito à tutela jurisdicional, como direito fundamental a partir da constitucionalização do processo, reputa-se como direito de ação material, isto é, instituto da ação, concebido no plano processual, não ficará inerte sob a influência da perspectiva material do direito a tutela jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 319).

Assim seriam as sentenças, a partir do desdobramento da prestação jurisdicional de conhecimento, segundo a perspectiva material, divididas em sentenças condenatórias, constitutivas ou declaratórias, onde, cada uma, a partir da cognição jurisdicional resolveria determinada crise de direito, respectivamente, a crise de adimplemento, da relação e de certeza, onde, em regra, não necessitariam de qualquer outra medida para garantir sua satisfação (BEDAQUE, 2011).

Nos casos das sentenças meramente declaratórias e constitutivas, em que a tutela jurisdicional certificaria a existência, a inexistência ou o modo de ser de determinada situação jurídica e, no caso das sentenças constitutivas, sua eficácia processual certificaria a efetivação de um determinado direito potestativo, entendido este como o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situação jurídica, efetivando-se no mundo jurídico das normas, não no mundo dos fatos, sem grandes dificuldades, porquanto não prescindia da prestação de determinada conduta do sujeito passivo, como no caso da anulação de determinado negócio jurídico (DIDIER JR., 2016, p. 292).

No entanto, é preciso destacar não só as semelhanças de conteúdo e conseqüentemente de finalidade entre as sentenças meramente declaratórias e constitutivas, sendo certo dizer que ao proferir sentença de conteúdo constitutivo estaria também o ato revestido de conteúdo declaratório indissociável.

Outrossim, o mesmo não ocorre nas sentenças de cunho condenatório, sobretudo acerca de sua satisfação, identificando, por isto, a crise de cooperação decorrente do inadimplemento (BEDAQUE, 2011, p. 30). Neste propósito, Pontes de Miranda (2016, p. 165) lembra que:

Não há nenhuma ação, nenhuma sentença que seja pura. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. [...] O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de liberdade que se lhe deixa é pequena, mas existe.

As sentenças condenatórias relacionam-se a certificar a existência de um direito a uma determinada prestação, sendo este poder jurídico a capacidade de existir de outrem o cumprimento desta precitada prestação, importando, invariavelmente em uma conduta, que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa, subdividida nas condutas de dar dinheiro, ou de dar coisa diversa de direito, que quando não se cumpre, fala-se em inadimplemento ou

lesão (DIDIER JR., 2013, p. 292), o que conseqüentemente, gera a crise de efetividade da tutela jurisdicional (BEDAQUE, 2011, p. 30).

Porém, isto ocorre, não por circunstâncias inerentes ao direito processual, mas em razão da especificidade do problema (BEDAQUE, 2011), que reside no direito ao comportamento de outrem, por isto precisa ser concretizado no mundo físico, pendendo para sua efetivação da realização da prestação devida, assim, embora tenha a pretensão de ver atendida a prestação, não pode o titular do direito agir para de modo próprio efetivar o seu direito, porquanto deva ser prestigiada a proibição de autotutela (DIDIER JR., 2016, p. 292).

Carnelutti (2015, p. 185), explicita a necessidade de medidas de implemento da decisão judicial:

Em um processo civil, por exemplo, se o devedor é condenado a pagar e o faz, evidentemente não há mais o que fazer; a mesma conclusão vale para o caso em que o acusado não é condenado porque foi absolvido pelo juiz penal. Mas existem outras possibilidades. O devedor pode continuar em inadimplência, e o acusado, em vez de absolvido, pode ser condenado à reclusão. Nessas circunstâncias, é claro que a justiça deve seguir seu curso, como se costuma dizer, pois ainda há algo a fazer. Esse algo é nominado execução forçada.

Igualmente não se pode perder de vista que o Estado de Direito, caracterizado pela forma constitucional e pelos direitos fundamentais, não existe sem direito à participação no processo, sem a garantia da segurança jurídica e da equidade diante o Direito, visando promover os fins da pessoa humana, isto é, o Estado Constitucional legitima-se pela tutela dos direitos (WELSCH, 2016, p. 84). Por isto, a legislação decorrente, dentre elas o Código de Processo Civil, só pode ser compatibilizado com as finalidades constitucionais se assimilado o direito de ação como direito a um processo justo, especialmente compreendido como direito à tutela jurisdicional apropriada, efetiva e tempestiva dos direitos (WELSCH, 2016, p. 85).

Todavia, na concepção inicial do Código de Processo Civil de 1973, o processo jurisdicional se desenvolveria em dois provimentos. No primeiro, o dito “processo” de conhecimento, em que o órgão julgante, reconhecido o direito do credor, dá a este a certeza de determinada prestação por meio da sentença condenatória, encerrando a atividade prestativa da jurisdição (SILVA, 2004, p. 96).

Caso o réu devedor não colabore e cumpra espontaneamente a prestação reconhecida em juízo, caberia ao autor, novamente ajuizar ação, desta vez executiva, inaugurando o segundo provimento jurisdicional (MARINONI, 2013, p. 99), onde por intermédio de

medidas coercitivas, o juízo invade a esfera patrimonial do, então, executado para, independentemente da sua vontade, transferir o bem jurídico em favor do exequente, autor da ação executiva (SILVA, 2004, p. 97).

Com efeito, fica autorizado deduzir que o referido modelo não guarda compatibilidade com o modelo constitucional, onde o Estado assume o dever de proteção mediante a tutela jurisdicional efetiva, portanto, nas palavras de Marinoni (2013, p. 99), o Estado “não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a à livre disposição daquele que obteve a sentença [...] não se pode pensar que a sua tarefa jurisdicional termina, quando o direito depende de atuação na realidade, no momento em que a sentença é proferida.”

Dessa sorte, o modelo trinário começa a dar indicativos de sua incapacidade de satisfazer a tutela de direitos, sobretudo a partir da insuficiência da sentença condenatória em prestar tutela jurisdicional plena a direitos não patrimoniais (MARINONI, 2013, p. 99), a liberdade individual deixava de ser valor preponderante (SANT'ANNA, 2010, p. 466), e o fato de a satisfação do direito requerer o uso de outra ação (de execução), bem revelava a compatibilidade da sistemática processual à ideia liberal de restringir o poder judicial de império, servindo, como uma luva, a classificação ternária das ações (PIMENTEL, 2010, p. 29).

Em breves linhas Pimentel (2010, p. 31) estabelece um sintético panorama social evidenciado pela utilização do modelo processual.

“[...] a doutrina moderna de processo civil manteve a concepção romana dualista de processo atrelada à teoria ternária das ações sem maiores oposições, até que a crise de (in)efetividade do processo civil brasileiro gerada pelo sistema dual, bem como pelo excesso de recursos dotados de efeito suspensivo, tomou proporções inaceitáveis, especificamente quanto ao tempo de resolução das demandas.”

As inconveniências dos resquícios autonomistas do processo juntamente com a superação do modelo constitucional brasileiro, a partir da constitucionalização do direito (SILVA V., 2014), especialmente processual (NERY JR., 1999), o tempo e os custos do processo passaram a encarecer o direito ao processo, por isto, o processo civil brasileiro, a partir das alterações legislativas introduzidas pelas Leis nº 11.187 de 2005, 11.232 de 2005, 11.276 de 2005, 11.277 de 2006 e 11.280 de 2006, passou a ser caracterizado pelo sincretismo.

No processo sincrético onde tanto o procedimento de cognição quanto de execução se realizam no mesmo processo (DIDIER JR., 2013, p. 250), permitindo que a execução da sentença seja acompanhada pelo mesmo juiz, conhecedor da causa e que esta se dê com mais garantia, tendo em vista sua rápida realização no sentido de aproximar o direito processual civil do direito constitucional processual (NERY JR., 1999, p. 20).

A esse respeito, Fonseca (2009, p. 130) bem resume as sensíveis transformações realizadas no texto do Código de Processo Civil de 1973.

Diante desse quadro não se via outra saída que não fosse a tentativa de reformular o sistema executivo, vale dizer, a fase de cumprimento das sentenças condenatórias, ensejando, a partir de 1994, a primeira mudança chamada de “primeira onda reformista do Código de Processo Civil”, quando foi editada a Lei nº 8.952/94 alterando a redação do art. 461 do Código de Processo Civil e concedendo ao juiz poderes para implementar “medidas de apoio” e assegurar o resultado prático do processo nas sentenças condenatórias de obrigação de fazer e não fazer.

Como a fórmula mostrou-se ainda insuficiente, o legislador, acompanhando o movimento de mudanças na legislação processual, deu início à “segunda onda de reformas”, finalizada com a edição da Lei n. 10.444/02, trazendo um novo sistema de cumprimento das sentenças condenatórias ligadas às obrigações de entregar coisa certa e incerta, introduzindo o art. 461-A no texto do Código de Processo Civil de 1973.

Apesar dessas medidas significativas, faltava tratar das sentenças condenatórias para pagamento de quantia, o que só ocorreu com a “terceira onda de reforma” quando a comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura desenvolveu importante estudo visando o aperfeiçoamento da lei processual, culminando com a elaboração de um anteprojeto para dar concretude ao processo de execução envolvendo títulos judiciais, que foi o Projeto de Lei n. 3.253/04, o qual, depois de aprovado, deu origem à Lei n. 11.232/05, em vigor desde junho de 2006, trazendo modificações substanciais no sistema de cumprimento de sentenças cíveis condenatórias para pagamento de quantia.

Agora, a realização dos preceitos contidos em qualquer sentença civil condenatória se dá no mesmo processo no qual proferida, abolindo-se a autonomia entre o processo de conhecimento e o processo de execução, transformando este último numa segunda fase do processo cognitivo, mais precisamente numa fase de cumprimento de sentença.

Com isso, o estudo do processo pelo ângulo pragmático não é simplesmente postura doutrinária, mas exigência constitucional que deve ser atendida, tanto em nível infraconstitucional (SILVA V., 2014, p. 124), no momento da elaboração das regras que compõe o sistema processual, quanto pelos demais interessados, representando uma tentativa drástica para a valorização dos pronunciamentos jurisdicionais, mediante um abrangente número de medidas necessárias para a satisfação da tutela jurisdicional (SILVA, 2004, pp. 98-99).

Neste contexto, surge a necessidade de a dogmática reconhecer a utilidade das ações e ou sentenças executivas lato sensu e mandamentais, integrando, além das outras três já

listadas, os elementos da teoria quinária (MURITIBA, 2006, p. 102). A teoria quinária, portanto, apresenta-se como uma proposta mais consentânea com a história do processo civil e compatível com a realidade processual do estado social atual, especialmente a partir da adoção do sincretismo processual (PIMENTEL, 2010, p. 29).

Para a teoria quinária da ação, pressupõe-se, com acerto, que não existe ações puras, mas sua identificação reside na preponderância de determinados efeitos – eficácia preponderante - em relação a outros (PIMENTEL, 2010, p. 36), reconhecendo seu compromisso em realizar o direito objetivo.

Assim, existiriam não três, mas cinco espécies de ações, além da declarativa, em face de uma situação de incerteza jurídica, da constitutiva, em busca da modificação ou extinção de alguma relação jurídica, podendo, ainda, seus efeitos serem positivos, modificativos ou negativos, este último efeito, também, previsto na ações declaratórias negativas (LOPES, 2009, p. 106), da ação condenatória, as ações mandamentais e executivas (PIMENTA P., 2010, p. 513).

As ações condenatórias, por admitirem como pressuposto um dano atual ou iminente, imporia ao réu o cumprimento de uma obrigação de fazer, não-fazer ou de dar, preparando para a formação de um título executivo, por isto, como se pode perceber, a sentença condenatória não executa, mas permite a execução, tampouco manda que se cumpra a prestação, apenas serve de fundamento para que o interessado promova perante o órgão jurisdicional os meios de satisfação (PIMENTA P., 2010, p. 514).

Este é o ponto de diferença das demais espécies previstas pela teoria quinária, já que a ação mandamental caracteriza-se pela prolatação de uma ordem, um mandado, na própria sentença, sem a necessidade de uma ação autônoma de execução, pois a ordem deve ser cumprida nos autos do mesmo procedimento em que foi imposta, sem que seja confundida com o mandado, fenômeno intraprocessual, que depende de decisão interlocutória ou do mero despacho, pois há, no pronunciamento jurisdicional decisório uma ordem, a tutela jurisdicional é a própria ordem (PIMENTA P., 2010, p. 515).

Por fim, as ações executivas, são assim definidas por permitirem a atuação dos meios executórios atípicos, independentemente da instauração do processo de execução, em que o conteúdo da eficácia processual tipificada é o ato processual de executar, expresso no verbo

correspondente, ligando-se, numa relação de imputação, os efeitos em potência, os quais correspondem à aptidão para dar ensejo imediato aos mecanismos sub-rogatórios necessários, independentemente da instauração do processo de execução (MURITIBA, 2006, p. 196).

Para Theodoro Júnior (2010, p. 325), a classificação quinária, no entanto, é merecedora de críticas, sobretudo porque as ações mandamentais e executivas em sentido lato, são compreensões decorrentes da ação condenatória, conforme consta em sua citada exposição.

“Quando se distingue o provimento sentencial em declaratório, constitutivo e condenatório, se toma como base classificatória o conteúdo (objeto) do ato judicial: a sentença declaratória certifica (declara) a existência ou inexistência de relação jurídica; a constitutiva cria, por si só, uma situação jurídica material nova entre as partes; e a condenatória certifica (declara) tanto a existência da relação jurídica material como o dever de cumprir uma prestação dela derivada. Quando, porém, se afirma que uma sentença é executiva ou mandamental, e que nela se configura uma espécie distinta da condenatória, o que se leva em conta é o seu efeito de permitir a coação executiva imediata, sem necessidade de recorrer à ação executiva (*actio iudicati*), enquanto a condenatória apenas prepararia uma futura execução por meio de outro processo.”

Aliás, Araken de Assis (2010, p. 55) acrescenta a informação de que a classificação das ações só ganhou relevância no pensamento processual com a previsão de o autor antecipar os efeitos da tutela jurisdicional pretendida na petição inicial, merecendo, pois, investigar as forças do futuro provimento, e, assim, descobrir quais são os efeitos antecipáveis.

Marinoni (2013, p. 101), em oposição, explicita as razões da superação da precitada teoria trinária:

Seria absurdo dizer que a classificação trinária é errada ou falsa – uma vez que, como já demonstrado, as categorias da verdade e da falsidade não devem ser relacionadas com as classificações. Mas é inegável que essa classificação não tem a capacidade de explicar os valores, as diferenças e as implicações dos conceitos das sentenças condenatória, mandamental e executiva, ou, em outras palavras, a riqueza da distinção entre essas diversas técnicas processuais para a prestação da tutela jurisdicional.

Todavia, é fundado não perder de vista a ponderação acerca da teoria quinária, vez que o seu critério de distinção é o da eficácia preponderante, conduzindo à compreensão de que todos os tipos carregam, em níveis diferentes, os efeitos de todas as demais, sempre presentes, ainda que com traços exíguos, ou na lição de Pimenta P. (2010, p. 513):

O elemento constitutivo resulta da prolação da sentença, o condenatório decorre na imposição de condenação nas custas e a que decorre da rejeição do pedido (sentença de improcedência). A declaratividade equivale ao que foi certificado na decisão, funcionando como pressuposto das demais cargas. Como afirma Pontes, “em relação

às ações e às sentenças declarativas, todas as outras têm um plus no tocante à declaração”. A mandamentalidade mínima refere-se à determinação judicial de publicação e registro da sentença. Já a executividade, “deriva de se por na esfera judicial de alguém (evitemos dizer no patrimônio de alguém, pois nem sempre é patrimonial o interesse) a prestação jurisdicional, à custa do que se deixa, com sinal contrário, na esfera jurídica de outrem.

Em suma, ainda que pare o candente debate na processualística atual em determinar tipos de ações, tal discussão é infecunda, não se insere em concordância com o atual perfil do processo jurisdicional civil, pois, dentre os argumentos que podem ser elencados, está de acordo com a adoção de um processo sincrético a leitura de que o direito fundamental a uma ordem jurídica justa atribui a prestação jurisdicional o compromisso de apreciar, não apenas as lesões, mas, também, as ameaças de direito, interessando, em verdade, os meios de repressão e prevenção a esses casos.

3.2 DIFICULDADES DA TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICA PROCESSUAL

3.2.1 O tempo processual e o custo do processo como inimigo da tutela jurisdicional

O tempo processual é o ponto cego na formulação da ciência processual, pois é elemento indispensável para a obtenção da tutela jurisdicional que promova, com segurança, a estabilidade das relações e a pacificação social (DINAMARCO, 2013, p. 188), não se supõe, com isto, que a tutela jurisdicional possa ser prestada de maneira imediata e a par do evento gerador de sua necessidade, ocorre, portanto, a necessidade de acomodação de um encargo temporal àquele que necessita de uma tutela de direitos (MITIDIÉRO, 2013, p. 129).

Ao reverso, o processo também não deve ser instituído de maneira a inviabilizar a prestação tempestiva da tutela jurisdicional em favor de direitos que se achem ameaçados ou lesados, por isso, se pode, inclusive, dizer que segurança e celeridade são elementos opostos inconciliáveis no processo jurisdicional civil, em verdade, este aparente antagonismo esconde a constatação de que, ao fim e ao cabo, é o equilíbrio entre ambos os valores que interessam para o processo efetivo (KOEHLER, 2013, p. 33).

Dessa sorte, cabe ao legislador distribuir ao processo, por dever de adequação, momentos em que a celeridade deve ser prestigiada e momentos outros, em que o valor segurança prevalece, assim, o processo justo não é necessariamente aquele que é mais célere, mas sim aquele no qual há o mais fino equilíbrio entre o tempo requerido e a segurança jurídica obtida.

O processo também expende um custo material, isto mesmo antes da demanda ser proposta até a efetiva prestação da tutela jurisdicional, podendo ser compreendido como um custo em sentido estrito ou em sentido amplo. O primeiro sentido (estrito) condiz apenas aos gastos que guardam relação direta e imediata com o desenrolar do procedimento, enquanto, por sua vez, em sentido amplo, importa em toda e qualquer perda decorrente do processo, sendo verificado no plano substancial e exatamente por isto sujeito a controle eventual mediante ações de responsabilização e reparação.

Em sentido estrito, o custo do processo divide-se em duas categorias, as despesas processuais e os honorários advocatícios, devendo, com relação as despesas processuais, serem satisfeitas antecipadamente, deixando, para o final da demanda, com o encerramento da atividade processual, ao talante da parte vencida o encargo condenatório de restituir à parte vencedora, os valores que porventura adiantou e ainda, recolher algum valor devido pelo custo processual ao Estado ou aos auxiliares que atuaram no processo, evidenciando, pois, a natureza jurídica de tributo das custas processuais (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 199).

Os honorários advocatícios, por seu turno, diferem, sendo compostos de honorários contratuais, previsto na relação contratual de prestação de serviço estabelecida entre o advogado e seu constituinte e de honorários sucumbenciais, suportados pela parte sucumbente em favor dos advogados da parte vencedora, isto é, são honorários devidos aos causídicos constituídos pelo vencedor decorrentes da atuação no processo, por isso, somente estes integram a rubrica de custas processuais, devendo ser arbitrado pelo juízo sentenciante (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 199).

Há o critério da causalidade atuando na distribuição do ônus financeiro do processo, assim, quem deu causa a demanda responde por seus custos, inclusive servindo isto para os honorários sucumbenciais, já que, se vencido, este é quem deu causa a assunção de determinado custo, pois então que assuma a responsabilidade decorrente de opor resistência a um determinado interesse, que após a atividade processual, se mostrou destituído de razão jurídica (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 199).

No entanto, sem que haja a manifestação certificando a procedência do direito, deverá, quem pretende dispor do serviço jurisdicional antecipar este custo, na expectativa, de, caso vencedor, ser restituído.

A regra de imposição do ônus financeiro do processo, entretanto, sofre uma mitigação, pois não seria razoável que em razão das dificuldades financeiras, a parte economicamente menos favorecida, mas, não por isso, destituída de direito ou razão fosse tolhida de socorrer-se aos préstimos da Justiça, assim, por força constitucional (art. 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988), estão dispensados de adiantar as despesas processuais os beneficiários da gratuidade da justiça, seja na condição de demandante ou de demandado, deste modo há a viabilização de forma ampla os meios para o acesso à justiça mediante o exercício do direito ao devido processo legal (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 199).

3.2.2 Efeitos da tutela jurisdicional

A tutela jurisdicional para ter efetividade deve poder influir no plano material da relação jurídica deduzida, portanto, há que se reconhecer que a tutela jurisdicional irradia efeitos, tanto que por isto é requerida, de outra forma, não haveria utilidade alguma, apesar de que, seus efeitos são evidenciados no plano fático mediante seus efeitos práticos e no plano formal mediante seus efeitos jurídicos (DIDIER JR., 2016, p. 600).

A sensibilidade destes efeitos no plano fático ou social, concebidos como aqueles que, para efetivarem-se, dependem da prática de atos materiais, da vontade do agente, que poderá praticar espontaneamente conforme sua vontade ou forçado mediante medida executiva, não se confunde com os efeitos jurídicos-formais próprios da tutela jurisdicional em definitivo e só assim úteis e necessárias para a parte, é pois, a norma individualizada prestada após a certificação de determinado direito em processo jurisdicional provocado pela parte interessada (DIDIER JR., 2016, p. 600).

A distinção é necessária para dizer que no enredo de um processo que busca a efetividade, poderá, mediante a técnica adequada, antecipar efeitos anexos da tutela jurisdicional, se o caso concreto permitir e atendidos os requisitos autorizadores da concessão da medida antecipatória no sentido de prestar uma tutela jurisdicional em caráter provisório, diminuindo o encargo do tempo em razão da satisfação da justiça (DIDIER JR., 2016, p. 600).

3.2.3 Técnica processual e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

As normas contidas no Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) possuem um caráter ímpar na legislação brasileira. Isto porque elas são dotadas de uma

grande versatilidade que afeta outros ramos processuais, como no Processo Penal e Trabalhista, inclusive em defesa do direito ambiental.

Desta forma, há inúmeras possibilidades de empregar, não apenas em vistas de suprimir eventual lacuna legal por meio da analogia, permitindo-se utilizar da legislação processual cível para preencher lacunas em outros ramos do direito processual, mas também com aplicação em legislação extravagante, objetivando, sempre, a predisposição de realizar o direito material, como no caso do direito ambiental.

Como técnicas de otimização da prestação jurisdicional da tutela efetiva de direitos (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 30), o atual Código de Processo Civil conta com algumas, a seguir listadas, embora muitas destas já tivesse previsão no Código de Processo Civil de 1973, outras foram inseridas por meio de alterações legislativas no sentido de promover o aprimoramento do sistema processual brasileiro, valendo, portanto, descrevê-las em breves linhas.

Porém, preliminarmente é preciso abordar o conceito acerca do que se entende como técnica, consistindo, pois, em um conjunto de procedimentos bem definidos e transmissíveis destinados a produzir certos resultados (LEAL, 2015, p. 13), considerados úteis, lembrando, entretanto, que é possível o desenvolvimento de uma técnica, mesmo sem refletir e apropriar-se de determinados fundamentos e princípios próprios do conhecimento (SOARES e DIAS, 2015, p. 124).

No que tange ao direito processual, a técnica processual consiste em instrumentos e mecanismos conferidos ao juiz, no momento em que que for prestar a tutela jurisdicional, possa, efetivamente, garantir a tutela do direito (TESSLER, 2004, p. 159). A técnica processual deve, portanto, adequar-se àquelas situações abstratamente previstas pelo legislador material em que haja a necessidade da intervenção jurisdicional para prestar a tutela de direitos (BEDAQUE, 2011, p. 51), concluindo, pois, que tutela e técnica se distinguem, vez que estão em planos distintos, enquanto esta é meio de obtenção, aquela é o próprio resultado obtido (MITIDIERO, 2013, p. 54).

Assim é imprescindível para o correto emprego das técnicas processuais a estreita compreensão dogmática do processo (SOARES R., 2000, p. 151), seus institutos, princípios e conhecimento, sob pena de incorrer em equívocos e comprometer a prestação jurisdicional da

tutela de direitos (GHEDINI NETO, 2015, p. 257), merecendo, pois, tratar de algumas das principais técnicas processuais precitadas.

3.3 TÉCNICAS PROCESSUAIS DE DINAMIZAÇÃO DO PROCESSO

3.3.1 As técnicas processuais de preclusão e de fixação de prazos

A preclusão é técnica processual que assegura o desenvolvimento racional do processo, onde o sujeito processual perde um direito ou faculdade de praticar determinado ato, impedindo que seja praticado fora do tempo e forma indicada na regra processual, contribuindo, pois, com a celeridade da prestação jurisdicional, porquanto, precluso determinado ato processual, pois a parte não cuidou do ônus que lhe cabia, não há necessidade de repetir a possibilidade de prática do ato (SILVA I., 2004, p. 80).

Identifica-se três espécies de preclusão, podendo ser: temporal, que ocorre com o escoamento do prazo fixado para a prática de determinado ato, sem que o mesmo tenha sido praticado; lógica, quando se pratica determinado ato que autoriza a dedução de que o outro ato não será praticado, pois, é contrário ao ato efetivamente praticado, como no exemplo do réu que reconhece a procedência do pedido formulado pelo autor, praticado ato incontestado neste sentido, por óbvio, não poderá contestar em favor da improcedência do pedido (SILVA I., 2004, p. 80).

Podendo, enfim, tratar-se da preclusão consumativa, decorrente, esta, do esgotamento do encargo processual conferido pela prática do ato, impedindo, por isto, a prática de novo ato e até mesmo a extinção de eventual prazo restante, evidenciando, portanto, o compromisso para um encadeamento de atos praticados em sucessão, rumo ao provimento jurisdicional (SILVA I., 2004, p. 81).

Porém, parte da atual dogmática processual identifica outra espécie acerca da técnica preclusiva, sendo esta, uma decorrência da preclusão temporal, sendo por isto, denominada preclusão mista, quando, embora o ato não tenha sido praticado no prazo estipulado, ainda não ocorreu o ato processual que põe fim a determinada etapa, podendo, por isto, ainda ser praticado, mesmo fora do tempo determinado (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 192).

Exemplo prático do emprego da técnica preclusiva mista, ocorre no caso da possibilidade do autor se manifestar sobre os fatos ou documentos exibidos pelo réu em

contestação, ainda que fora do prazo legal (arts. 350 e 351 do Código de Processo Civil), se ainda não houver sido praticado o ato subsequente, qual seja, a decisão de ordenamento do processo (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 192).

Ainda, nesta linha, não se pode perder de vista que a fixação de prazo processuais também é técnica processual que se relaciona a otimização do processo em razão da prestação jurisdicional (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 189), vez que, em grande maioria, os atos processuais são praticados dentro do prazo legal fixado, ou na falta deste, no prazo convencionado pelas partes ou determinado pelo órgão jurisdicional (SILVA I., 2004, p. 81).

Com efeito, identifica-se duas finalidades no emprego da técnica processual do prazo, sendo estes, prazos máximos, quando estabelece a distância temporal máxima entre os atos e por isto, são prazo preclusivos, tidos como aceleratórios, vez que visam a impulsionar o procedimento para frente, ou, podendo ser, prazo mínimos, onde existe a imposição de uma espera para a realização de determinado ato, estes prazos, tidos como dilatatórios, visam garantir a segurança do processo, impedindo que avance antes de determinado momento (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 189).

3.3.2 As técnicas processuais de nulidade e de concentração de atos

Em igual sentido, o exagerado formalismo processual é um fator impeditivo para a racionalização processual em busca da prestação jurisdicional, por isto, a técnica processual de nulidades (WAMBIER, 2016, p. 173), trata, justamente, do compromisso em destacar os atos que tenham significância para o resultado do processo, então, não havendo prejuízo substancial, evita-se a repetição da prática de determinado ato, prestigiando a celeridade e economicidade processual (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 193).

Ainda sobre a técnica de nulidades, decorrente da citada técnica é que o órgão jurisdicional, para aproveitar o processo em tramitação (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 194), permite, quando possível, que a parte processual corrija ou supra determinada falha ou irregularidade do ato processual, sendo o caso da faculdade de emendar a petição inicial, clássico exemplo a evidenciar o efeito prático de perlustrada técnica (SILVA I., 2004, p. 81).

Outra importante técnica processual que permite a otimização do processo em função da prestação jurisdicional da tutela de direitos efetiva e tempestiva diz respeito,

invariavelmente, a economia de recursos e diminuição do custo processual, vez que pela citada técnica, há predileção na concentração de matérias, tanto de ação, como de exceção e de cognição jurisdicional em um único ato, sob pena de aplicação da preclusão – no caso do órgão jurisdicional preclusão “pro judicato”, prevista no art. 494, I do Código de Processo Civil –, sendo, respectivamente, a petição inicial para o demandante, a contestação para o demandado e a sentença para o órgão jurisdicional expressão destas técnicas (DIDIER JR., 2016, p. 649).

Certo é que existem algumas matérias que não poderão ser avocadas pela técnica de concentração das matérias, pois invariavelmente, ou cobram uma prestação de urgência, portanto, antecipada em relação ao momento de praticar determinado ato, ou alargam os limites objetivos dos fatos discutidos, ou percorrem outra via processual para ter uma tramitação apartada da via principal do processo, pois, do contrário, poderiam representar prejuízo à celeridade da prestação jurisdicional de tutela efetiva e tempestiva de direitos.

Ou, ainda, se tratam de matérias de ordem pública, podendo ser arguida a qualquer momento no processo, ressalvada responsabilidade por eventual dano ou custo processual da parte processual que se beneficiaria por arguir a matéria e não fez na primeira oportunidade que teve.

De toda sorte, é preciso dizer da existência da referida técnica, pois muito contribui para a simplificação e evolução racional do processo, sendo, reconhecida em absoluta maioria pela dogmática do processo civil pelo princípio da concentração do ato processual, desdobrando-se, pois, na previsão legislativa expressa da adoção da referida técnica processual, quando do oferecimento da contestação por parte do réu.

3.4 TÉCNICAS PROCESSUAIS DE INFLUÊNCIA NA COGNIÇÃO JURISDICIONAL

3.4.1 As técnicas de cognição e espécies de cognição jurisdicional

A principal técnica que o processo dispõe em favor da prestação jurisdicional de tutela efetiva e tempestiva de direitos diz respeito a cognição jurisdicional, isto é, o fato que o órgão jurisdicional toma conhecimento e as técnicas processuais empregadas para levar a conhecimento do órgão julgador os fatos processuais que irão animar o reger o

desenvolvimento do processo (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 45), servindo, pois, de suporte fático da norma processual (ZAVASCKI, 2004, p. 27).

Como se pode ver, sobre este elemento reside toda a construção do processo, os meios racionais de levar ao conhecimento do Estado-juiz os fatos tidos como ameaça ou violação do direito em busca de uma tutela efetiva e tempestiva de direitos para prestígio da otimização do ordenamento jurídico justo (DIDIER JR., 2016, p. 439).

Aliás, a cognição não apenas leva ao conhecimento do Estado-juiz os fatos tidos como ameaça ou violação do direito, mas se trata da maneira como o caso será resolvido, não podendo ser tido como uma atividade técnica isolada, pois apoiado na concepção lógica, depende estruturalmente da atividade das demais partes da relação processual, em atenção a um modelo cooperativo de processo (DIDIER JR., 2016, p. 439).

Porém, neste ponto, é fundamental abrir um breve parêntese para explicar os modelos processuais adotados, vez que a doutrina clássica conta a existência de dois modelos de estruturação do processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 89).

Em que pesem as críticas quanto à caracterização de cada modelo, bem como a adoção da terminologia, a dicotomia ainda tem espaço no pensamento jurídico. Didier Jr. (2013, p. 89) explicita as diferenças de ambos os modelos:

Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo.

Há ainda o modelo cooperativo (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 93), caracterizado pelo redimensionamento do princípio do contraditório, especialmente com os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, princípios que ganharam relevância normativa a partir de sua positivação nas constituições modernas, conferindo a teoria geral do direito e do processo, por conseguinte, uma matriz constitucional e, por isso, publicizada, surge um terceiro modelo, conhecido como cooperativo (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2013, p. 101).

Nesse modelo o órgão jurisdicional insere-se no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero árbitro do duelo das partes ou tampouco como inquisidor. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes, de igual modo, não se pode afirmar que há condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes.

Segundo a opinião de Didier Jr. (2013, p. 94), o modelo cooperativo é consentâneo ao princípio do devido processo legal e do regime democrático previsto em nossa Carta Magna, sendo por isto, admitido a partir do Código de Processo Civil em vigor, com expressa previsão em seu art. 6º, consistindo em uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos acima citados (DIDIER JR., 2016, p. 127).

Com efeito, acerca da cognição jurisdicional como técnica processual de otimização da prestação jurisdicional de tutela efetiva de direitos (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 30), diz respeito a faculdade cognitiva do órgão estatal investido de jurisdição, para, mediante as atividades da inteligência humana, encontrar a solução necessária para determinado caso, em observância ao ordenamento jurídico brasileiro (GRAU, 2016, p. 23).

A par disto, é apurado notar que há fatos que são levados à conhecimento como fundamentos de fatos tornados litigiosos, apresentando-se, processualmente, como uma questão posta perante a cognição para que esta, servindo como etapa necessária, não decida, encerrando o caso, mas de maneira que sua solução influa para a decisão do caso, servindo a solução da questão incidental, como fundamentação da decisão que veicula o pronunciamento jurisdicional (DIDIER JR., 2016, p. 440).

A depender da natureza do fato, e conseqüentemente, da questão, a solução da questão tratada na decisão jurisdicional poderá ter aptidão, ou não, de imutabilidade, conforme consta na atual redação do art. 503 do Código de Processo Civil (CONCEIÇÃO, 2016, p. 269), não devendo aprofundar-se neste assunto, tratando-se, apenas de registrar sua referência para deduzir o fato de que todas as questões processualmente apresentadas são conhecidas, ainda que não sejam objeto do julgamento ou obtenção da declaração (DIDIER JR., 2016, p. 440).

Assim, pode-se dizer que a técnica de cognição jurisdicional pode ser definida de acordo com seus limites, percebidos em dois planos (DIDIER JR., 2016, p. 453), sendo o horizontal, tratando-se, pois, da extensão de matérias, isto é, o limite objetivo, a quantidade de

fatos que podem ser deduzidos no processo, podendo ser, parcial ou plena, no plano vertical, a cognição jurisdicional se dá em prospecção, podendo ser exauriente ou sumária (SOARES R., 2000, p. 148), reside na certeza, ainda que jurídica, quanto a ocorrência do fato conhecido, por isso, dizia-se, antigamente, “res iudicata pro veritate habetur”, a coisa julgada vale como verdade (CARNELUTTI, 2015, p. 91).

Como se pode notar, os procedimentos do processo civil são arranjados a partir da técnica de cognição empregada (DIDIER JR., 2016, p. 453), de modo que os procedimentos especiais, em regra, se servem de cognições parciais, limitando-se, para contribuir com a celeridade na prestação jurisdicional, ao passo que o procedimento comum sempre disporá de cognição plena, sem limitações das matérias a serem levadas à conhecimento do órgão jurisdicional.

Portanto, sendo, em abstrato, autorizado dizer se tratar de um procedimento em que o pronunciamento jurisdicional não é prestado com a mesma celeridade do que em relação ao procedimento especial, porquanto o ordenamento jurídico disponha, com frequência, de opções que numa extremidade prestigiam o valor segurança, noutra dão razão ao valor celeridade (Soares R., 2000, p. 128).

A cognição exauriente e plena é a regra do processo civil, adotada, normalmente, no procedimento comum, sendo a cognição exauriente a única técnica cognitiva que promove o reconhecimento de determinado fato como uma certeza jurídica, atribuindo ao pronunciamento jurisdicional imutabilidade, isto é, aptidão de fazer coisa julgada em observância do valor constitucional da segurança jurídica, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (DIDIER JR., 2016, p. 454), portanto, à medida que o procedimento é mais seguro, exige, também, mais tempo para a prestação jurisdicional.

Por seu turno, a cognição sumária, permitida, geralmente, em razão da urgência ou do reconhecimento da evidência do fato (DIDIER JR., 2016, p. 455), por se tratar do conhecimento em nível superficial em relação a cognição exauriente, consiste na obtenção de um juízo de probabilidade a respeito das afirmações fático-jurídicas deduzidas no processo, por isso, não exaure o conhecimento do caso, portanto, não exprime um juízo de verdade, destituído de convicção de certeza, permanece restrita ao domínio da aparência do direito (MITIDIERO, 2013, p. 94).

3.4.2 A técnica de cognição sumária como decorrência da técnica de sumarização

Em razão de seu juízo de probabilidade, é juízo provisório, tratando, portanto, de prestar tutela provisória, por isto autorizado se está a dizer que, em regra, não só a técnica de antecipação se baseia em um juízo de probabilidade oriundo da cognição sumária (MITIDIERO, 2013, p. 94), mas, além disto, toda a prestação da tutela provisória baseia-se na técnica de cognição jurisdicional em nível sumário (DIDIER JR., 2016, p. 455).

Aliás, a técnica de cognição sumária, no processo civil brasileiro, é resultado da influência que teve a partir da técnica de sumarização, assim chamada, em razão da derivação do termo “sumere”, significando resumo, redução, diminuição, enquanto seu adjetivo derivado, “sumarius”, pode ser compreendido como, simples, sem formalidades, sem delongas, visando, portanto, abreviar a prestação jurisdicional, em especial a efetivação do direito (MESQUITA, 2002, p. 190).

Importante registrar-se, a técnica de sumarização, para dinamizar o processo tornando o procedimento expedito e, por isto, adequado a situações mais urgentes, tem raízes históricas no interdito romano da época clássica e não nos interditos possessórios da “cognitio extra ordinem”, conforme lembra de Mesquita (2002, p. 195).

Desse modo, as técnicas de sumarização envolvem a busca de soluções que não se compadecem com a utilização do instrumental predisposto à utilização da técnica de cognição exauriente, não podendo se confundir especialidade com sumariedade, vez que especialidade diz respeito ao caso dos procedimentos especiais, que não necessariamente irão dispor de técnica de sumarização da cognição (SOARES R., 2000, p. 148).

Nesse sentido, digna de nota a contribuição de Soares R. (2000, p. 48) no sentido de promover a recepção da técnica de sumarização em favor da efetividade da tutela jurisdicional:

O incremento da função judicial no direito contemporâneo é notoriamente incompatível com a estrutura dos países do ramo da chamada civil law, porque o modelo, em sua feição tradicional, vincula o aplicador à lei, o que dificulta o tratamento de situações onde ainda não se conhece a lide suficientemente ou há perigo de lesão (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Vale dizer, situações que requerem juízos sumários fundados em verossimilhança, o que é incompatível com um modelo desenvolvido para apenas propiciar juízos que sejam definitivos, porque não se concebe – neste modelo – aplicar a lei senão com suporte em um juízo de cognição plena e exauriente, donde possa exsurgir coisa julgada.

Exatamente em atenção a esta preocupação, a ideia de formação dos títulos executivos, especialmente extrajudiciais (MESQUITA, 2002, p. 194) e a previsão do procedimento especial monitorio (MITIDIERO, 2013, p. 59), contribui para a adoção da técnica de sumarização a partir da perspectiva do direito material, que inevitavelmente, conduziria para a aplicação da técnica de sumarização no direito processual, relativizando e reforçando o binômio direito e processo (SOARES R., 2000, p. 152).

3.4.3 A técnica de controle legal da conduta e verificação da imparcialidade do órgão jurisdicional

Outra relevante técnica processual que diz respeito à cognição jurisdicional, compreendida esta como elemento fundamental para o processo, vez que consiste no pronunciamento baseado em atividade intelectual do órgão estatal especializado, justamente, por isto, investido de jurisdição, é a prescrição de deveres legais ao comportamento do órgão exercente da jurisdição (SILVA I., 2004, p. 89), essencialmente objetivando a garantia da equidistância, do desinteresse sobre os aspectos materiais da causa, isto é, do dogma da imparcialidade.

Assim, na tendência da atual quadra da ciência processual, o legislador prescreveu por meio legal, uma série de deveres ao magistrado, formatando o juiz como representante do Estado responsável pela condução do processo, de modo a zelar não só pela efetividade da prestação jurisdicional de tutela de direitos, mas preservar o equilíbrio entre as partes, assegurando-lhes igualdade de tratamento, laborando, sempre, em observância a razoável duração do processo (SILVA I., 2004, p. 89).

Porém, é convém recordar que a imparcialidade do órgão julgador por constituir como pressuposto do desenvolvimento regular do próprio processo para o exercício legítimo da jurisdição não deve ser compreendida como uma técnica processual, mas que as técnicas processuais listadas, que invariavelmente tratam da cognição jurisdicional, repercutem no sentido de contribuir para a preservação da imparcialidade do juiz.

A garantia da imparcialidade do órgão julgador também se dá por meio da estruturação normativa do procedimento, em módulos processuais, no caso bifásico conforme o modelo de Stuttgart, adotado em grande parte dos sistemas processuais contemporâneos,

independentemente de serem marcados pelo “common law” ou pelo “civil law” (DALLE, 2015, p. 86), permitindo a maior racionalização da cognição jurisdicional.

Isto porque, pelo citado modelo bifásico, a cognição jurisdicional, em um primeiro momento, por ocasião da audiência preliminar, o órgão cognoscente, investido de jurisdição, dirime todas as questões processuais pendentes, proferindo decisão interlocutória de saneamento e organização do processo, delimitando as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova e distribuindo os encargos probatórios, por fim, delimitando a questão de direito relevante para a decisão de mérito (CONCEIÇÃO, 2016, p. 271).

O segundo momento processual, seria compreendido pela audiência de instrução e julgamento, quando ocorreria a confrontação de todas as matérias que chegaram ao respectivo momento sem que houvesse o órgão julgador se pronunciado, deixando o diálogo processual evidente, e proporcionando o sentimento de que o pronunciamento jurisdicional decisório é extrato da conclusão dos debates.

Com efeito, Dalle (2015, p. 86) escreve o seguinte sobre o assunto:

A adoção de presente modelo pode ser um grande contributo à maximização da imparcialidade pela estrutura normativo- processual, na medida em que a prévia e a dialógica fixação das controvérsias de fato e de direito, se por si só não é capaz de assegurar a imparcialidade do julgador, pela sua simples pertença ao gênero humano, pelo menos obriga-o a explicitar às partes suas pré-interpretações, pré-compreensões, pré-julgamentos e, tanto quanto possível, suas pré-determinações inconscientes.

Como se observa, a audiência preliminar é um importante momento processual para o órgão jurisdicional dispor das técnicas processuais para efetivação de um pronunciamento jurisdicional proveitoso para a tutela de direito.

3.4.4 Técnica processual de julgamento antecipado

Além daquelas já apresentadas, neste momento, precisa-se descrever as principais, quais sejam, a técnica de julgamento antecipado, técnica probatória, a técnica de decisão, as técnicas cautelares e as técnicas de antecipação, seja ela, em razão da urgência, da evidência ou, ainda, em razão do conhecimento de fato incontroverso ou, também, pela sanção de comportamento da parte processual.

Primeiramente, em se tratando, da técnica processual de julgamento antecipado, diz respeito a cognição do juízo, pois por meio do emprego da citada técnica, o órgão jurisdicional, verificando não haver necessidade de produção de provas, vez que a questão se resume à controvérsia de direito ou depende apenas de prova documental já presente no caderno processual, ou, ainda, não havendo requerimento de prova, o réu não contestar ação acarretando a aplicação dos efeitos presuntivos da revelia, pode submeter para cognição plena e exauriente a matéria, permitindo a formulação do juízo e conseqüentemente a prestação do dever jurisdicional (CONCEIÇÃO, 2016, p. 269).

A técnica de julgamento antecipado do processo, atualmente prevista no art. 355 do Código de Processo Civil em vigor, inclusive sob a modalidade de julgamento antecipado parcial, previsto quando incurso nas hipóteses listadas pelo art. 356 do referido diploma adjetivo, consistem em técnica decorrente da sumarização do processo, pois abreviam o procedimento comum, em observância a desnecessidade da realização de instrução processual (CONCEIÇÃO, 2016, p. 269).

Ademais, identifica-se iguais desdobrados da sumarização processual, quando presentes as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito ou o órgão jurisdicional reconhecer, de ofício ou a requerimento, a prescrição ou decadência ou pronunciar-se, apenas para homologar, o reconhecimento do pedido formulado na ação ou na reconvenção, a transação ou a renúncia, pela parte autora de sua pretensão, formulada na ação ou na reconvenção (CONCEIÇÃO, 2016, p. 269).

Em arremate, todas essas hipóteses dizem respeito ao julgamento conforme o estado do processo, consistindo, juntamente com o julgamento antecipado, em desdobramento da técnica de sumarização da cognição jurisdicional, vez que, como já dito, felizmente, abrevia o procedimento (SOARES R., 2000, p. 153).

A par disto, sabendo-se que as técnicas de sumarização da cognição que possibilitam o julgamento conforme o estado do processo, assim o são, exatamente por reconhecer a desnecessidade de instruir o processo, promovendo a ilustração do juízo, seja porque as provas já constam no caderno processual, seja porque para conhecimento do fato não se reputa necessária a produção de prova, passa-se, portanto, a analisar as técnicas probatórias.

O termo prova, do latim “probatio” (PACÍFICO, 2011, p. 21), é expressão plurissignificante e, em sentido jurídico, significa “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade” (PACÍFICO, 2011, p. 21). De modo objetivo, significa o feixe de instrumentos que demonstram fatos ao conhecimento do julgador, em outras palavras, são peças, fragmentos recolhidos da impressão histórica da ocorrência do fato.

Segundo Didier Jr., Braga, Oliveira (2013, p. 44), a palavra assume vários significados, sendo, por vezes, utilizado para designar o ato de provar, “é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele”, em outras ocasiões o termo significa o meio de prova, “as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 44).

Há ainda um aspecto subjetivo que deve ser levado em conta para a compreensão do termo ‘prova’, constituindo a própria convicção judicial a respeito da existência ou inexistência de um fato. A demonstração deste aspecto factual, concreto, é o objeto da prova (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 18).

De toda sorte, pode-se dizer que as provas integram a lógica do discurso jurídico, pois que a norma jurídica possa incidir, ela necessariamente precisa de um suporte fático (ZAVASCKI, 2004, p. 22), e exatamente por isto, a técnica probatória se coliga a racionalização decisória do órgão judicante, inobstante este não seja identificado como exclusivo destinatário da técnica probatória, mais que isso, por meio da técnica probatória se propicia a construção da estrutura procedimental (THIBAU, 2015, p. 50).

O tratamento dispensado ao tema acerca das ‘provas’ tem regramento próprio no Código de Processo Civil, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Neste particular, é digno de nota que as regras constantes na lei civilista se referem muito mais à formação do negócio jurídico, do que propriamente do regime probatório, de modo que se delimita a análise das regras processuais.

Do mesmo modo, foge ao objetivo deste trabalho tratar sobre as disposições doutrinárias referentes à prova, de maneira que não se abordará em pormenores as suas classificações, bem como as suas espécies, atendo-se em mencionar que inúmeras são as classificações sobre as provas, citando-se algumas.

As provas podem ser classificadas quanto ao sujeito, em reais ou pessoais; quanto à forma, em oral ou escrita; quanto ao objeto, em diretas ou indiretas; quanto à complexidade, em simples ou compostas; quanto à previsão legal, em típicas e atípicas. Quanto a esta última classificação, esta revela as espécies de prova previstas em lei, como o depoimento pessoal (art. 342), a confissão (art. 384), a exibição de documentos ou coisas (art. 355), a documental (art. 364), a testemunhal (art. 400), pericial (art. 420) e inspeção judicial (art. 440), todas espécies previstas no Código de Processo Civil.

Como se vê nas acepções terminológicas do termo ‘prova’, o ônus probatório também pode ser analisado em dupla perspectiva, uma objetiva e outra subjetiva. No ponto de vista objetivo, as regras de ônus da prova servem como regras de julgamento, ao passo que do ponto de vista subjetivo, funcionam como aviso às partes sobre o que cada uma deve provar, sob pena de sucumbência, neste último aspecto, o ônus de provar constitui regra de processo (PACÍFICO, 2011, p. 150).

Neste ensejo, cumpre examinar o conceito de ônus, que não se confunde com o conceito de obrigação, conforme revela Gomes (apud PACÍFICO, 2011, p. 23). “A obrigação, conforme definição clássica dos romanos, incorporada nas Institutas de Justiniano (I, 3, 14), é o ‘vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma pretensão em proveito da outra’...”.

Contudo, no ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro (ZAVASCKI, 2004, p. 21), como ocorre na obrigação, porquanto o não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e, portanto, sancionada (PACÍFICO, 2011, p. 41).

No caso do ônus probatório, o seu descumprimento por parte do sujeito processual não enseja em uma sanção (PACÍFICO, 2011, p. 38), ainda que processualmente imponha o encargo da derrota sob a parte descumpridora, assim, o ônus apenas impede o sucesso da pretensão, logo a natureza do ônus probatório é eminentemente processual.

De outra parte, vale lembrar que a técnica de cognição jurisdicional permite ao órgão julgador conhecer dos conflitos de interesse para ele apresentados no sentido de prestar uma solução de promoção da pacificação social, contudo, como técnica, esta cognição está

embasada em pressupostos os quais permitem o desenvolvimento do mecanismo de cognição jurisdicional, devendo-se mencionar as regras de experiência e o Direito (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 61).

Enquanto aquelas são imanes do órgão julgador, esse é transcendente ao órgão julgador, devendo, no entanto, ter conhecimento previamente de tais regras, pois do contrário não poderia estar investido de jurisdição, ressalvadas, porém, as regras de direito local, que são assimiladas como objeto de prova no ordenamento jurídico brasileiro (art. 337 do Código de Processo Civil) (PACÍFICO, 2011, p. 18).

Assim, importante lembrar que prescinde serem provados fatos públicos e notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados ou não contestados pela parte contrária e os fatos em cujo favor militam presunções legais de existência ou validade, caso de inversão legal do ônus probatório.

Neste ponto, deve-se destacar a técnica probatória quando diz respeito às presunções, porquanto a inteligência judicial parta de pontos pré-fixados pelo ordenamento jurídico, estreitando o caminho para que as partes possam por suas pretensões em juízo, conseqüentemente, favorecendo a cognição judicante à medida que as provas vêm ao processo como fragmentos factuais no intuito de informar, a partir dos elementos de cognição jurisdicional pré-estabelecidos, criando uma imagem, se não nítida, mas discernível do fato verdadeiro.

Ocorre, porém, que, no mais das vezes, os elementos pré-estabelecidos somados às provas são insuficientes para a concepção do juízo sobre o caso, porque não há prova direta do fato, mas apenas prova indireta, indiciária que, sem certeza, pode apontar para um pronunciamento distanciado do fato verdadeiro. Daí se exige do julgador o uso de suas faculdades intelectuais, para produzir um juízo adequado ao caso sob sua apreciação, partindo das provas, que embora inconclusivas, são as únicas que lhe foram apresentadas.

Não quer isso dizer, entretanto, que sem provas conclusivas, o processo não teria uma solução eficaz, especialmente porque, em razão da responsabilidade política decorrente da jurisdição investida em si, o magistrado não pode se furtar de julgar o processo, nem tampouco confiar apenas às partes que atuem no sentido de fornecer todos os meios para a concepção do seu convencimento. Em razão disso, fala-se em poderes instrutórios do juiz, que

o impulsionam em direção a buscar um convencimento sobre o fato deduzido em juízo (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 21).

Igualmente importante, sobretudo a partir da admissão da teoria de distribuição dinâmica do ônus probatório no vigente Código de Processo Civil, vez que o diploma revogado adotava a teoria de distribuição estática do ônus probatório, em total descompasso com a evolução da legislação processual (CONCEIÇÃO, 2016, p. 240).

Com efeito, a técnica processual probatória se pauta no sistema processual com base no critério do interesse, dado que o interesse é principal mola da vida e efetivação de direitos (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 183), estauíndo, por tais razões, que a regra de aplicação da técnica probatória diz que a cada um dos sujeitos processuais incumbe a comprovação dos fatos cujo reconhecimento possa conduzir ao julgamento favorável à sua pretensão.

Porém, em determinadas situações, a aplicação do critério de interesse, se predeterminada, unicamente, conforme a natureza dos fatos – se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo – pode conduzir a situações claramente injustas. “Por isso, a fim de buscar a justiça no caso concreto, por vezes a jurisprudência abranda a aplicação dos princípios distributivos legalmente estabelecidos” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 101).

Dessa sorte, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório ganhou relevo com a edição do Código de Defesa do Consumidor que trouxe grande contribuição para o ônus probatório de direitos coletivos “lato sensu” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 369). Nesta hipótese, a lei confere poderes suficientes para que o magistrado, diante de verossimilhança das alegações e hipossuficiência probatória, determine a inversão do ônus (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 351).

Esta inovação representou, acima de tudo, um passo evolutivo na tutela de direitos coletivos, especialmente do meio ambiente, que a época ganhava destaque no cenário jurídico – a partir da Conferência de Estocolmo (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002), em 1972, e da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO 92), realizada na cidade do Rio de Janeiro, dois anos após a edição do diploma consumerista.

O fito do instituto da técnica distributiva do ônus probatório tende a buscar a correta adequação do sistema processual no sentido de torná-lo mais justo, pois, diante da

desigualdade natural de sujeitos de uma relação jurídica se mostra necessária a previsão de instrumentos processuais voltados para compensar a desigualdade frente à lei.

Com efeito, o legislador estabeleceu no Código de Defesa do Consumidor em seu art.6º, VIII, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive, com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Neste particular, Cavalieri Filho (2011, p. 107) considera:

O Código de Defesa do Consumidor, destarte, rompendo dogmas e estabelecendo novos paradigmas para as relações entre desiguais, fê-lo, também, no que se refere à carga probatória, ora transferindo o ônus da prova ao fornecedor (inversão ope legis), do que nos dão exemplos os arts. 12, § 3º, 14, §3º e 38, ora admitindo que tal se opere por determinação do julgador (inversão ope judicis), conforme art. 6º, VIII.

Entretanto, a previsão legal da possibilidade de inverter “ope judicis” o ônus probatório, só é encontrada no diploma consumerista. Muito embora alguns autores, como Rodrigues (2003, p. 208 a 2011), reconheçam a possibilidade de aplicação em outros ramos, inclusive o ambiental, especialmente em ações de responsabilidade civil ambiental, pois se compatibiliza com o princípio da igualdade e da adequação, portanto, fala-se na teoria da distribuição dinâmica do módulo probatório (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 101), também em matéria ambiental.

Certo é que atualmente a distribuição dinâmica do ônus probatório é técnica processual prevista no Código de Processo Civil, elegendo como critério de aplicação a análise da relação material deduzida, para extrair a compreensão de que parte processual tem mais condições de produzir determinada prova ou da extrema dificuldade da parte a quem incumbiria o ônus de produzir determinada prova (CONCEIÇÃO, 2016, p. 241).

De acordo com o Didier Júnior, Braga e Oliveira (2013, p. 103), para a teoria de distribuição dinâmica, o encargo não pode ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente, pouco importando a posição assumida pela parte na demanda, tampouco é relevante a natureza do fato “probando”, nem quem detêm o interesse de provar, mas sim quem tem mais possibilidade de fazê-lo. Assim, havendo extrema dificuldade por ambas as partes não há que se falar em redistribuição do ônus probatório (CONCEIÇÃO, 2016, p. 241).

Em resumo, Dinamarco e Lopes (2016, p. 183), assim pontuam sobre a técnica processual probatória:

O direito probatório tem por conteúdo a identificação das alegações passíveis de demonstração por via da prova (objeto da prova), a distribuição do encargo de realiza-la e as consequências da falta de prova suficiente (ônus da prova), a definição dos elementos exteriores sobre os quais a atividade probatória incidirá (fontes de prova), as atividades processuais destinadas à comprovação das alegações (meios de prova) e a disciplina do valor das provas e do modo como devem ser apreciadas (valoração).

Por esta razão, a técnica processual probatória se pauta no sistema processual com base no critério do interesse, dado que o interesse é principal mola da vida e efetivação de direitos (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 183), estatuindo, por tais razões, que a regra de aplicação da técnica probatória diz que a cada um dos sujeitos processuais incumbe a comprovação dos fatos cujo reconhecimento possa conduzir ao julgamento favorável à sua pretensão.

3.4.5 Técnica processual de decisão jurisdicional

A reputada técnica probatória evidencia o caráter racional da cognição jurisdicional, expressa por outra técnica processual, a técnica de decisão, isto é, a cognição jurisdicional não é técnica de aplicação discricionária do Direito, por isto o órgão jurisdicional ao pronunciar-se deve fazê-lo de forma fundamentada e completa sobre as razões que lhe levaram a formulação do juízo.

Com isso se quer dizer, normalmente, a lei não estabelece valor predeterminado para cada modalidade de prova, de modo a conduzir a decisão do órgão jurisdicional, pois reservou a este, por meio de sua atividade intelectual, a análise dos elementos de prova e conferir a cada um deles e a todos, em conjunto, a força que reputa adequada, mantendo, invariavelmente, o dever de justificar a sua escolha (CONCEIÇÃO, 2016, p. 244).

A técnica processual de decisão da cognição jurisdicional sofre preponderante influência do atual modelo de Estado, este erigido como Estado de Direito, em que o poder, inclusive a jurisdição, se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel aos valores da nação, é natural que o desempenho da atividade intelectual do órgão jurisdicional, por se dar de maneira livre, fique, ao menos submetida ao controle do resultado, mediante análise de suas razões, devendo, por isso, expressar os fundamentos de seu convencimento.

O dever de fundamentação integra a técnica de decisão, pois o registro de seus motivos autoriza, conseqüentemente, o seu controle e verificação de compatibilidade com a

ordem jurídica justa, constando, por isso, como exigência de estatura constitucional (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988), vez que a ausência de fundamentação viola as democráticas exigências constitucionais de transparência, publicidade e controle, inquinando a decisão de vício de nulidade, portanto, insanável (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 72).

Cabe realçar as afirmações sobre a técnica de decisão, e o livre convencimento motivado do órgão jurisdicional, em atenção a explicação de Grau (2016, p. 23) e tudo o que já fora apresentado:

Assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribuiu. E de modo tal que se transforma em coisa-juiz e passa a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do juiz.

Ele pode ser tudo, no sentido de que não perpetuamente juiz. Mas, enquanto estiver sendo juiz, deve representar o papel de juiz, nos termos da Constituição e da legalidade.

3.5 TÉCNICAS PROCESSUAIS DE REALIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

3.5.1 A técnica executiva e a tutela jurisdicional de ressarcimento

A tutela jurisdicional após formulada deve produzir efeitos. Sem estes efeitos, estará lançado por terra todo o dispêndio do custo processual, assim, não seria impensado que além das técnicas de emprego para formulação e adequação a necessidade do direito material, o processo empregasse técnicas de realização de seu produto final, a tutela jurisdicional.

A propósito Zavascki (2004, p. 26), fornece importante resumo acerca do propósito das técnicas executivas:

Considerada em sua moldura clássica, a jurisdição enseja distinguir duas classes bem distintas de atividades: a de formular a regra jurídica concreta e a de fazer atuar a regra jurídica concreta. Realmente, já se disse que o descumprimento das normas jurídicas ocorre ou (a) porque se questiona o conteúdo da norma abstrata que incidiu, ou (b) porque se nega a existência ou a configuração do ato ou fato que é suporte de sua incidência, ou, ainda, (c) porque simplesmente não se quer ou não se pode dar realização à norma concretizada. Nas hipóteses (a) e (b) há uma crise relacionada com a identificação da norma jurídica concreta, que é debelada com a uma decisão judicial identificando o conteúdo da norma que incidiu ou declarando que ela não incidiu; na hipótese (c) há uma crise de execução da norma individualizada e já identificada, crise que, para ser resolvida, exige do Estado providências no sentido de promover, por meios forçados, a execução que não ocorreu espontaneamente.

Com a atividade executiva o processo se evidencia no mundo fático influenciando e determinando as condutas humanas em direção a ordem jurídica justa e em conformidade com

a tutela jurisdicional formulada, expressa esta como norma jurídica individualizada, passa a servir como norma de incidência ao caso concreto para que a eventual lesão de direito seja corrigida. Certo será que o processo empregará técnicas para a correta observância da vontade jurídica expressa na tutela (ZAVASCKI, 2004, p. 29).

Por isto, se diz que as técnicas de realização da tutela jurisdicional visam o implemento da solução processualmente encontrada e em conformidade com as normas materiais que, se não devolvem a relação jurídica em crise para o “status quo ante bellum”, lhe aproxima de um resultado prático equivalente ou satisfatório, especialmente para a parte vencedora, servindo, assim, para as consecuições das finalidades processuais, a pacificação social, a estabilização da relação jurídica, a preservação do ordenamento e a educação da sociedade (Dinamarco, 2013).

No entanto, não pode deixar escapar que a tutela jurisdicional, enquanto norma, é composta de dois enunciados formando um único juízo hipotético-disjuntivo, onde o primeiro enunciado se encontra a norma primária ou endonorma e no segundo enunciado, a norma secundária ou perinorma, de caráter sancionatório, isto é, a tutela jurisdicional, assim como a norma jurídica, além de prever a hipótese de seu atendimento espontâneo por seu destinatário deve prever, também, a hipótese de seu descumprimento, para o que estabelece, desde logo, meios de realizar, concretamente o enunciado da norma secundária (ZAVASCKI, 2004, p. 29).

Atualmente, em vista das novas necessidades do direito substancial, bem como a inocuidade da mera técnica de ressarcimento pelo equivalente, onde se equaciona todos os problemas de direito mediante a mensuração de uma indenização pecuniária, é necessário o uso de novas técnicas executivas em conformidade com as necessidades do direito material, isto é, tomando-se a consciência de que a maneira de dar efetividade aos direitos é prestigiando a técnica executiva de prestação do ressarcimento na forma específica (MARINONI, 2013, p. 319).

Isto porque, existem direitos, como no caso do direito ambiental que a técnica de ressarcimento pelo equivalente não atende adequadamente a tutela jurisdicional, contudo, por óbvio, o fato de não se poder prestar a técnica de ressarcimento específica da necessidade do direito a ser tutelado não permite a prestação da técnica pelo equivalente pecuniário, pois não se quer com isso dizer que estará eximido da responsabilidade de satisfazer a pretensão

reconhecida, mas sim de, sempre que possível, prestigiar a técnica de ressarcimento específico em relação a técnica de ressarcimento pelo equivalente (MARINONI, 2013, p. 320).

Por sua vez, a técnica de ressarcimento pelo equivalente não pode ser confundida com a técnica sancionatória, suas cargas e finalidades estão dissociadas, embora possam ser expressas pela mesma medida, qual seja, a fixação de determinado valor para pagamento do devedor, a tutela jurisdicional que adota a técnica de reparação pelo equivalente possui duplo aspecto, o seu aspecto de ressarcimento, visa a reparação dos eventuais danos à direitos tutelados, enquanto no aspecto sancionatório, visa a punição e o efeito pedagógico a fim de evitar a reincidência e constituir como medida educativa do transgressor de direitos (MARINONI, 2013, p. 320).

Se a técnica ressarcitória em pecúnia visa dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida (dano) ou o valor do custo para a recomposição desta diminuição, sempre acompanhando de um caráter sancionatório indissociável da tutela jurisdicional, seja para representar um contra incentivo pedagógico de determinada prática, seja para causar um impacto econômico que represente, no caso de reiteração, a inviabilização econômica da própria atividade, consistindo, pois em uma espécie de pena civil, a tutela ressarcitória na forma específica, por seu lado, serve, a princípio, para conferir ao lesado a situação que existiria caso não houvesse ocorrida a diminuição de seu patrimônio jurídico (MARINONI, 2013, p. 325).

3.5.2 As medidas de emprego da técnica executiva

Com efeito, o direito material brasileiro, por óbvia influência do senso de justiça, passou a admitir a subsidiariedade da técnica de ressarcimento pelo equivalente em relação ao ressarcimento na forma específica, neste mesmo compasso, o direito processual admitiu o emprego da técnica executiva de obrigações de fazer ou de entregar coisa certa. Além do que, não se pode esquecer que o pronunciamento jurisdicional que veicula a tutela é dotado não somente de carga decisória e valorativa, mas de poder, de império, de comando, isto é o que respalda as técnicas de realização da tutela jurisdicional, que como já visto, não servem sob o feito da restituição pelo equivalente pecuniário (MARINONI, 2013, p. 337).

A par disto, as técnicas processuais de realização da tutela jurisdicional operam sempre no plano da vontade do agente a quem foi imputado pela jurisdição o dever de atender

respectivamente o comando proferido pela tutela jurisdicional, podendo, então, ocorrer de duas maneiras: indiretamente, por meio de medidas executivas coercitivas da vontade do devedor, de modo a sensibilizá-lo para cumprimento da prestação, como por exemplo, a prisão civil e a multa; e diretamente, por meio de medidas executivas em sub-rogação da vontade, onde estará autorizado ao órgão jurisdicional ou quem este ou a lei autorize substituir-se na vontade do credor, para, independentemente da vontade do devedor, fazer aquilo que cabia ao devedor fazer (ZAVASCKI, 2004).

Em relação as medidas da técnica processual executiva empregada indiretamente estas podem, por seu turno, recair sobre dois aspectos do patrimônio jurídico do devedor, isto é, poderá haver a coerção patrimonial, afetando o patrimônio material do devedor (ARENHART, 2015, p. 335) ou coerção pessoal, influído ainda que no patrimônio jurídico do devedor, mas sobre sua esfera pessoal, sobre seus bens imateriais, como sua liberdade, como no caso da primitiva e constitucionalmente inadmitida medida de prisão civil, admitida, no entanto, apenas na hipótese ressalvada de inadimplemento de obrigações alimentícias, conforme a atual jurisprudência nacional (HC- QO 94.307/RS).

Por sua vez, em relação as medidas previstas na técnica processual executiva de atuação direta mediante a sub-rogação da vontade, apresenta-se aquelas de expropriação, em que os bens do devedor são submetidos aos atos executivos com a finalidade de serem vendidos ou transferidos para a satisfação da obrigação, sendo forçada, pois independentemente da vontade do devedor, a lei autoriza ao órgão jurisdicional que adote a precitada medida e adentre o patrimônio jurídico do devedor para lhe retirar aquilo que anteriormente foi certificado como não sendo seu (ZAVASCKI, 2004).

Além dos meios expropriatórios em favor das medidas diretas de sub-rogação da vontade, em favor das medidas de sub-rogação existem meios de desapossamento e de transformação, onde, no primeiro caso, há a identificação, localização e retirada do bem da posse do devedor com entrega ao credor, diversamente da expropriação, o desapossamento trata de um bem em particular, estando na posse do devedor e não sendo do patrimônio deste, como no caso da expropriação.

No último caso, há o emprego de meios de transformação, em que a técnica executiva direta visa a mudança da realidade fática presente, seja para devolver o cenário da relação jurídica à condição anterior ou, não sendo possível, aproximá-la do que for satisfatoriamente

possível realizar para mudar a realidade do cenário, exemplo clássico que bem evidencia o meio da transformação é quando na hipótese de determinado devedor ser condenado a recompor uma janela que tenha por ato antijurídico não eximido por excludente danificado, se não for possível recuperar a janela terá que arcar com os custos de uma janela nova, vez que a que danificou estava em perfeito estado de funcionamento (TESSLER, 2004).

3.5.3 Medidas de apoio da técnica executiva

A cada meio executivo há em seu favor um arsenal de medidas que podem servir para a realização da tutela jurisdicional, tantas são que sequer há uma sistematização de medidas, sendo a consecução de um resultado prático equivalente a única razão de sua formulação, tanto é verdade que no texto do vigente Código de Processo Civil, a semelhança do texto revogado, há a previsão tão somente do termo “providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

A multa, talvez seja a medida de apoio mais versátil em favor da técnica executiva, onde emitido o pronunciamento jurisdicional seja para a prestação positiva ou negativa, em um prazo razoável, haverá, caso transcorrido o lapso temporal sem o respectivo acatamento da decisão, a incidência da multa previamente fixada quando proferida a decisão que se deva atender, sendo medida à disposição do próprio órgão jurisdicional para que, com adequação, preveja os meios executivos que serão empregados.

Há, no entanto, as multas previstas na própria legislação processual e que incidem pelo simples curso da tramitação processual, como exemplo, da multa fixada quando o executado é intimado para cumprimento espontâneo em fase de cumprimento de sentença, se transcorrido o prazo sem que tenha comprovado o pagamento, responderá pela multa legalmente fixada. Concluindo, então que a medida de multa pode ser fixada pelo órgão jurisdicional quando não fixada em lei, sempre para estimular o devedor a cumprir espontaneamente, evitando-se maiores delongas processuais e prestigiando a postura das partes.

Como se vê, pelo emprego da medida de multa há uma influência no comportamento do devedor, emitindo uma informação que, se não no plano subjetivo, ao menos do plano objetivo demonstra que o atendimento espontâneo da ordem emitida representa, em si, uma hipótese vantajosa, já que, de outra maneira, haverá a incidência da multa, com a consequente

cobrança de um valor maior, unicamente em sanção a uma reticência indevida da parte devedora de atender o direito já certificado pelo órgão jurisdicional competente.

Outras medidas de apoio são as medidas de busca e apreensão e de imissão na posse, ambas formas de reivindicação de bens, sendo, respectivamente aplicadas em relação a bens móveis e imóveis, podendo ser empregadas em procedimentos tratando de amplo espectro de direitos, não só apenas em relação a direitos reais, como se costumou imaginar, a medida executiva de desapossamento por meio de busca e apreensão ou de imissão na posse é cabível sempre em favor das obrigações de entregar coisa diversa de dinheiro.

Aliás, o tratamento dos direitos reais na legislação civil apenas reforça a compreensão de que o direito processual estará em total compasso com as exigências do direito material, exatamente por isto se diz que as ações que pretendem a reivindicação de determinado bem ou a imissão de posse de determinado imóvel tem notória predisposição executiva (MARINONI, 2013, p. 368).

Contudo, em se tratando de bens móveis a localização da coisa é fundamental para que a medida de busca e apreensão possa se efetivar, contudo, nada impede que possa ser empregada simultaneamente a medida de multa, como por exemplo, determinando-se a entrega do bem sob pena de multa, como dito, não há uma ordenação das medidas, mas a necessidade de um arranjo adequado a necessidade do direito a ser efetivado, levando sempre em consideração a possibilidade de alterar o valor da medida de multa, que deve evidentemente observar para a sua fixação a dimensão do bem ou do direito que está sob a tutela (ARENHART, 2015, p. 336).

Outra medida de igual importância para apoiar a técnica executiva em relação a efetivação de direitos é a penhora, seja realizada em relação a bens ou em quantias de dinheiro, consiste no ato jurídico de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito executado, podendo, após penhorado, ser transferido diretamente para o patrimônio do próprio exequente como pagamento da dívida mediante a adjudicação, ou quando o bem penhorado é alienado para, do resultado da venda, satisfazer a pretensão do exequente, podendo se dar por iniciativa particular, com a indicação ao juízo do alienante identificado pelo exequente ou por autuação pública, levando o bem penhorado a leilão em hasta pública.

A transformação mediante a imposição de obrigações de fazer é outra importante medida de apoio para a satisfação da pretensão executiva em prestígio do ressarcimento específico, especialmente importante para direitos sensíveis que não admitem a direta “monetização”, visando sempre a ideia de assegurar ao detentor de direito a restituição a situação mais próxima que este teria se não lhe houvessem violado seu direito, por isso, a medida de imposição de multa é meio de apoio subsidiário de especial relevo para a transformação, pois mediante a fixação de consideráveis multas, pode sensibilizar o devedor a cumprir no prazo a determinação jurisdicional e fazer lembrá-lo de não mais reincidir para evitar, a todo custo, a amarga experiência de pagar as multas fixadas pelo órgão jurisdicional.

3.5.4 Aplicação e controle dos meios executivos

Acontece que o provimento jurisdicional pode se valer de vários meios de execução, seja direta ou indireta, sendo, por isto, necessário verificar aquele que deve ser empregado no caso concreto para viabilizar a tutela jurisdicional quando apenas a sentença não foi capaz. Nota-se, então, que há uma absoluta plasticidade do emprego da técnica executiva, sobretudo se considerar seu emprego após a atividade cognitiva e já decisória do órgão jurisdicional, há um dever imposto sobre os ombros dos órgãos estatais investidos de jurisdição de realizar o conteúdo decisório no mundo (MARINONI, 2013, p. 170).

A sentença condenatória, por natureza atrelada aos meios de execução por expropriação previstos na lei, é ligada ao chamado princípio da tipicidade dos meios executivos, contudo, este princípio não deve ser compreendido em caráter absoluto, sob pena de prestar uma importante garantia a liberdade do devedor, pois, pelo citado princípio o credor somente teria à disposição os meios executivos típicos da legislação processual, garantindo certamente a previsibilidade em relação às contramedidas que o devedor poderia utilizar para frustrar a satisfação da obrigação em que estaria constituído (MARINONI, 2013).

Porém, o atual enredo histórico exige certa relativização dos meios executivos, especialmente porque a justificativa de que deveria ser resguardada a liberdade do indivíduo contra a ameaça da opressão estatal não se insere no contexto histórico-evolutivo com a mesma preponderância que em tempos passados, além do que não se pode fugir do raciocínio

que a atividade executiva é desenvolvida em consequência e em conformidade com uma atividade cognitiva de certificação de direitos (MARINONI, 2013).

Portanto, não deve a garantia de defesa, ser um valor absoluto no sentido de inviabilizar a própria atividade processual, ressalvando-se, entretanto, a proporcionalidade substancial das medidas, que por óbvio implica na adoção do meio menos gravoso ao devedor, quando havendo possibilidade, se puder escolher dentre vários meios executivos, dado que, como corolário do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional o emprego da técnica executiva é marcadamente realizado em razão da efetivação da tutela jurisdicional (MARINONI, 2013).

Por outro lado, não se pode falar que o emprego da técnica de realização da tutela jurisdicional autorize sobre o argumento da efetivação da tutela jurisdicional, a prática do arbítrio judicial, é óbvio que atividade jurisdicional de emprego da técnica executiva será passível de controle. Aliás, embora diferentes meios de execução possam ser empregados para atender a um determinado provimento, não serão eleitos de forma aleatória e desproporcional (MARINONI, 2013).

A prisão civil, por exemplo, é meio executivo mais gravoso e no mais das vezes se mostra ineficaz, contudo somente deve ser empregado quando as multas e outros meios de execução são incapazes de levar à tutela do direito e de qualquer forma estará ainda o órgão jurisdicional obrigado a fundamentar sua decisão explicitando as razões que lhe convenceram a adotar determinada medida em relação a outra (MARINONI, 2013).

Importante explicação presta Marinoni (2013, p. 171) sobre a fundamentação do órgão jurisdicional para emprego da técnica executiva:

A necessidade de o juiz explicar os seus motivos de maneira bastante precisa advém do fato de que hoje não mais vigora o princípio da tipicidade dos meios executivos, que impedia o juiz de escolher o provimento e o meio executivo adequado às diferentes situações concretas.

O emprego da técnica de execução será a todo instante realizada como na técnica de decisão, isto é, atendendo a exigência da fundamentação jurisdicional para adoção de determinada medida, isto é que permitirá o controle dos motivos de emprego das medidas executivas (MARINONI, 2013, p. 171).

4 – O DIREITO AMBIENTAL NA NOVA PERSPECTIVA PROCESSUAL: TUTELAS JURISDICIONAIS FACE AO DANO AMBIENTAL

"A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta"

Rui Barbosa

Como visto no capítulo anterior, a tutela jurisdicional possui a finalidade de possibilitar o acesso ao judiciário, ao passo que, é nesta esfera que se processa a defesa de direitos e interesses.

O antigo código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, foi pensado e projetado para uma realidade bem distinta da vivenciada atualmente, ademais, o instrumento passou por dezenas de mudanças, as quais contribuíram para a perda significativa da coesão de seu texto.

O Brasil vivenciou, nas últimas décadas, uma mudança nas relações sociais sem precedentes, a tecnologia trouxe novas formas de ver e de se relacionar com o mundo, esta nova percepção e interação reforçam a existência de uma tutela jurisdicional mais célere e eficaz, sobretudo no que toca a questão ambiental.

4.1 DIREITO AMBIENTAL, DANO E TUTELA JURISDICIONAL

Antes de adentrar nas especificidades envolvidas no tema processual ambiental, é importante que se aborde as peculiaridades do tratamento e manejo do assunto. Assim, buscando compreender como a tutela processual se projeta às questões ambientais, dedicaremos as próximas linhas à compreensão dos interesses difuso, coletivo e individual homogêneo, a responsabilização na seara ambiental, e também os direitos de terceira dimensão e o dano ambiental.

4.1.1 Interesse difuso, coletivo e individual homogêneo reconhecimento jurídico da tutela ambiental

É no código de Defesa do Consumidor que encontramos a definição legal de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos vejamos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A leitura do artigo nos permite inferir que os interesses difusos são aqueles compartilhados por titulares indeterminados, ainda que se possa precisar seu quantitativo, o que os aproxima é uma situação de fato e não uma relação de direito.

Neste sentido, Bello Filho (2009, p.106) explica que:

Por interesses difusos, entende-se aqueles interesses que não podem ser atribuídos ao indivíduo e nem a um grupo coletivamente determinado. São interesses que não se confundem, com os individuais – ainda que homogêneos – porque não podem ser referenciados à individualidade. Também não se confundem com os interesses e os direitos coletivos porque eles não possuem uma relação jurídica em sua base que possa elevá-los a essa categoria. Os direitos fundamentais de terceira geração são difusos porque não é possível, a priori, determinar quem é o titular do direito. Trata-se de uma categoria de direitos determináveis, na medida em que é possível o titular apenas no momento da concretização desse direito, e não quando da observação da sua existência no mundo jurídico.

O dano ao meio ambiente insere-se neste contexto, justamente porque, não é possível referenciá-lo à individualidade como foi o caso do desastre e Minamata, mencionado no primeiro capítulo desta dissertação, de modo que todos aqueles cidadãos japoneses expostos aos efeitos do excesso de mercúrio contido nos peixes têm o mesmo direito, mesmo não havendo entre eles nenhuma relação jurídica. Assim, vê-se que os direitos difusos são pertencentes a todos, mas em ninguém em particular.

Lecionando sobre o tema Alvin (2016) menciona que “as pessoas, titulares desses direitos, estarão ligadas por circunstâncias de fato, o que não quer dizer que estejam submetidas às mesmas circunstâncias, senão que hão de estar sujeitas a circunstâncias equivalentes”.

Os direitos coletivos, diferentemente dos difusos, têm como titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica, seria, por exemplo, o direito de pesca afeto a uma comunidade de pescadores.

Sobre o tema, nos diz Zavaski (2005, p. 22):

Foi o legislador brasileiro, na verdade que protagonizou, de modo mais profundo e mais rico do que os demais países do *civil law* a “revolução mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a Lei .6513, de 20/12/77, introduziu significativa modificação no art. 1º § 1ª da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “ os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, por via da ação popular.

Assim, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, conhecida como Lei da Ação Popular, foi o *start* para a sistematização da tutela jurídica de diversos interesses coletivos, com destaque, à tutela do patrimônio público. Como bem destacam Zanetti Jr e Garcia (2012, p.11), esta lei trouxe sensíveis alterações na seara processual ambiental:

As ações coletivas iniciaram sua história moderna no sistema processual brasileiro com a promulgação da Lei da Ação Popular (Lei 4717/1965), que se tornou o primeiro instrumento sistemático voltado à tutela de alguns interesses coletivos em juízo, em especial o patrimônio público. Nesse momento, duas foram as grandes alterações ocorridas em âmbito processual: a legitimação ativa e a coisa julgada. Isso porque, o artigo 19 legitimou o cidadão a defender, em nome próprio, os direitos pertencentes de toda a população, através da técnica chamada substituição processual. Já o artigo 18, ampliou a qualidade da coisa julgada, dando-lhe efeito *erga omnes*. Se, porém, a ação fosse julgada improcedente por deficiência (ou insuficiência) de provas, qualquer cidadão teria a faculdade de propor novamente a ação, desde que fundada em nova prova. Esta técnica foi reconhecida posteriormente com o nome de coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Importante colacionar que, conforme mencionado por Zavaski (2005, p. 22), “foi a Lei nº 7.347, de 24/07/85, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos”:

Essa Lei, conhecida como *lei da ação civil pública*, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico sub-sistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade (ZAVASKI, 2005, p. 23).

Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, conforme descrição legal colacionada em linhas anteriores, são aqueles interesses que possuem a mesma origem, a mesma causa, ou seja, decorrem de situação idêntica, muito embora sejam individuais. Alvim (2016) assim nos esclarece:

Assim, os direitos individuais homogêneos têm caráter predominantemente individualizado, são perfeitamente divisíveis entre os titulares, há ordenamento da relação de titularidade com o bem da vida violado ou disputado, e este também, por sua vez, é perfeitamente distribuído e individualizado entre os titulares que, no entanto, podem postular a proteção jurisdicional coletivamente, em face da origem comum do direito afirmado¹¹. Ou, por outras palavras, conquanto se tratem de direitos individuais, e, pois, fruíveis individualmente, podem ser tratados de forma coletiva, porque a lei $\frac{3}{4}$ Código de Defesa do Consumidor $\frac{3}{4}$ assim o permite.

Ao estudar sobre o tema Gerent (2016) expõe que o dano ambiental classificado como individual homogêneo “trata-se do dano ambiental particular ou dano por intermédio do meio ambiente ou dano em ricochete, enquadrando-se naquela classificação por razões processuais, aplicando-se as regras do CDC e da LACP. Assim, diz a autora, o “dano ambiental individual ou “por intermédio do meio ambiente” pode subordinar-se às regras clássicas do direito civil e administrativo ou às regras do microsistema legal ambiental, dependendo da possibilidade ou não de identificação prévia das vítimas ou, ainda, da viabilidade ou não de formarem litisconsórcio facultativo”. Ao fazer uso das lições de Mirra, Gerent (2016) escreve que “O dano por intermédio do meio ambiente é o prejuízo causado às pessoas e aos seus bens que tem em alguns dos componentes da natureza (a água, o ar, o solo) o elemento condutor”:

Afirma-se que o dano por intermédio do meio ambiente é um “dano reflexo” ou “dano em ricochete” exatamente porque decorre da agressão ao meio ambiente natural e não de um resultado danoso a outro sujeito de direito. Neste sentido, a relação jurídica forma-se entre aquele que causou o dano por intermédio do meio ambiente e a vítima, particular ou pública. Tem-se decisão do Tribunal do Paraná impondo ao causador do dano ambiental individual “singular” a obrigação de repará-lo com base no direito de vizinhança, numa clarividência de que o meio ambiente natural imaterial, indiretamente, também é tutelado. “Direito de vizinhança – Uso nocivo da propriedade – Danos causados por poluição industrial – Ação de indenização cumulada com preceito cominatório – Admissibilidade – Pedidos que, em razão da natureza jurídica diversa, não se confundem – Inteligência do art.275, II, *de j.* À luz do art.554 do CC, o proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Assim, comprovada a relação de causa e efeito entre a ação poluidora da funilaria e os estragos na pintura da casa, faz jus o vizinho ao ressarcimento das despesas efetuadas na pintura e, ainda, à fixação de um preceito cominatório, periodicamente incindível, caso a empresa não adote medidas capazes de paralisar a emissão dos poluentes. Um e outro pedido, em razão da natureza jurídica diversa, não se confundem”. Tratando-se de dano por intermédio do meio ambiente há que estar presentes três requisitos: dano, resultado e nexos causal. A vítima é o particular, pessoa física ou jurídica, que utiliza os recursos naturais para benefício pessoal, ou é proprietária, possuidora ou detentora de bens patrimoniais atingidos e, ainda, no caso de pessoas físicas quando são atingidas em sua integridade física e/ou moral por agressões ao meio ambiente. Enfim, “o dano

por intermédio do meio ambiente não é, absolutamente, um dano ecológico, mas pura e simplesmente um prejuízo causado a pessoas físicas e jurídicas, estas de direito privado ou público, nos seus patrimônios individuais, nos bens patrimoniais sujeitos à sua tutela ou, eventualmente, em sua esfera extrapatrimonial pessoal, por atividades poluidoras ou degradadoras da qualidade ambiental”. O dano por intermédio do meio ambiente é reflexo dos incômodos das relações de vizinhança, regulamentadas pelos Arts. 1277 a 1279 do CC. Tem-se dois direitos subjetivos privados em contraposição, o direito ao exercício regular de uma atividade potencialmente poluidora e o direito à saúde, à segurança, à integridade dos bens patrimoniais de um ou mais indivíduos. Nos casos de danos ambientais individuais homogêneos ou individuais “singulares”, a reparabilidade será pontual, uma vez que o interessado ou interessados receberão os valores das indenizações pecuniárias diretamente (GERENT, 2016).

Záquera (2015, p.270) nos informa que em virtude do fato de serem direitos homogêneos, a legislação dá guarida à proteção coletiva, isto é, tudo flui em um único instrumento jurídico, “nesses casos encontramos titulares determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, originários da mesma circunstância de fato”. Menciona a autora que os direitos individuais homogêneos, também chamados "direitos acidentalmente coletivos" se projetam em relação a uma pessoa ou em relação a um grupo de pessoas e sua defesa pode ser exercida pelo Ministério Público, com a ressalva de que em relação aos direitos individuais homogêneos a legitimidade do mencionado órgão é de veras controversa.

A questão ambiental possui feições muito particulares, sobretudo quando se trata de dano¹⁰. Vejamos algumas destas características trazidas por Rezende (2015, p.510-511):

- a) Os danos são comumente difusos, ou seja, em circunstâncias normais, quando se verifica um dano ambiental hodiernamente toda a coletividade, de forma não identificável é vítima do degradador. Ressalte-se, contudo que podem ocorrer situações onde o dano é suportado por um conjunto de pessoas com liame entre si (dano coletivo) como uma-comunidade de moradores de determinado bairro de uma cidade. Não obstante, ainda é possível, ainda que excepcionalmente, que o dano ambiental tenha vítima certa e individualizada, como em uma situação que determinado cidadão sofreu uma perda no pomar de seu quintal causado por um fertilizante impróprio ao uso, impossibilitando a colheita;
- b) O dano ambiental é normalmente indivisível, vale dizer, não se consegue identificar extreme de dúvida, a parcela de prejuízo sofrido por cada pessoa que o suportou;
- c) Comumente o dano é irreversível, isto é, a reparação das áreas degradadas, voltando ao estado anterior, nem sempre se faz possível com as tecnologias que dispomos;
- d) Possui caráter transfonteiriço na medida em que normalmente não é possível a identificação exata das regiões que sofreram a degradação. Exemplo comum é a poluição atmosférica, que, certamente, não causa danos a uma cidade restrita em razão das características das correntes de ventos;

¹⁰ Para Edis Milaré (2004, p.421) o dano ambiental “é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação - alteração adversa ou in pejus - do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”.

e) Tem efeitos cumulativos, uma vez que os efeitos da degradação não são estanques, pelo contrário, a os danos suportados pelo meio ambiente são somados aos que outrora foram gerados, propiciando um acúmulo de degradação contínuo; f) Dificuldade de se estabelecer umnexo causal. Este, certamente, é uma das maiores dificuldades para se imputar a responsabilidade civil ambiental. O liame causa-efeito, isto é, a necessidade que a vítima do dano tem de demonstrar que o prejuízo sofrido foi decorrente da ação ou omissão do suposto ofensor é imprescindível para a imputação de responsabilidade. Quando falamos de dano ambiental, tal prova muitas vezes é de impossível demonstração. Podemos exemplificar com o caso da poluição atmosférica de determinada cidade industrial onde inúmeras empresas eliminam de suas chaminés gases maléficose. Nessa situação, dificilmente se conseguirá demonstrar com exatidão qual a indústria que causou a poluição geradora de danos à saúde dos cidadãos.

As características acima demonstradas evidenciam que o Dano Ambiental merece tratamento diverso, ao passo que o bem a ser protegido, uma vez deteriorado, repercute, direta ou indiretamente, na vida de todos e, em muitos dos casos a sua restituição é deveras difícil, quando não impossível.

4.1.2 Direitos de terceira dimensão e o dano ambiental

Como bem lembra Martins (2007, p.14), o surgimento da história ambiental era sinal de que, por um lado, os processos e os problemas socioambientais tinham se tornado uma preocupação incontornável mundo afora e, de outro lado, para além das velhas fronteiras disciplinares, todos os cientistas começaram a dedicar maior esforço na produção de um renovado “saber ambiental”. A questão do meio ambiente deixava de ser monopólio de ecólogos e geógrafos, para se transformar num tema de pesquisa interdisciplinar.

Nas palavras de Vasco Pereira da Silva (2008, p.21):

A consideração do direito ao meio ambiente como direito do Homem resulta da necessidade de repensar a posição do indivíduo na comunidade perante os novos desafios colocados pelas modernas sociedades. E se a “dignidade da pessoa humana” constitui fundamento dos direitos humanos, a sua realização, em cada momento, exige um esforço de adaptação e de aprofundamento que é determinado pelas concretas circunstâncias históricas.

No contexto pátrio, observamos que o Brasil ganha destaque por possuir uma das legislações ambientais mais completas do mundo, elevando este tema à categoria de normas constitucionais, as quais são, inclusive, tratadas em capítulo específico, vejamos:

CAPÍTULO VI DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Para o Min. Celso de Mello o direito a integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, STF, 1995).

Para Freitas (2001, p. 21. 73) o dano corresponde a qualquer diminuição do patrimônio. Todavia, inclina-se a doutrina mais moderna a dar ao termo dano um significado

mais amplo, de forma que venha a abranger qualquer diminuição ou subtração de um bem jurídico.

É em função do dano ambiental, este compreendido como qualquer lesão ao meio ambiente causada por ação de pessoa, física ou jurídica que resulte em degradação da qualidade ambiental, isto é, que tenha como resultado a alteração adversa das características do meio ambiente, que o direito ambiental atua em duas vertentes: a preventiva e a reparadora.

A atuação preventiva dá-se com o estímulo negativo à prática de determinada ação que se mostre concreta ou potencialmente nociva ao meio ambiente, busca evitar a ocorrência do dano, já a ação reparadora dá-se após a ocorrência do dano e visa mitigar seus efeitos.

Trata-se de direito de terceira dimensão, muito bem destacado em importante decisão de 01/09/2005, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3540 MC e relatoria do Ministro Celso de Mello, vejamos:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

A referida decisão reitera o art. 225 da CF, e expõe que se trata de incumbência estatal e coletiva a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras

gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual. De tal forma que o cumprimento dessa obrigação não pode ser renunciado, ao passo que representa garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.

Sobre o tema, Sarlet (2009, p. 48) expõe que:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (famílias, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

A preocupação com a qualidade e salubridade ambientais transcende a geração presente, pois se trata da manutenção da própria existência humana. Assim é que a eventual responsabilização por danos desta natureza deve revestir-se de características capazes de assegurar o efetivo resguardo destes bens tão imprescindíveis.

4.1.3 A responsabilização jurídica para questões ambientais

Conforme abordado no primeiro capítulo do presente trabalho, o direito ambiental se consolidou num cenário de uma extrema e globalizada preocupação com o futuro dos recursos naturais e, conseqüentemente, com o destino da própria humanidade.

Neste contexto, e diante das características inerentes à matéria é que a responsabilização por eventuais danos ganha características peculiares.

Antunes (2010, p. 211), por sua vez, afirma que “a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, no sistema jurídico brasileiro, é matéria que goza de status constitucional, visto que inserida no capítulo voltado para a proteção do meio ambiente”.

Ao voltarmos nosso olhar para a constituição, vemos que é no art. 225, mais especificamente em seu parágrafo terceiro, que encontramos a responsabilização de que fala Antunes, vejamos: “§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Trata-se, como visto na leitura do parágrafo em comento, de tríplex responsabilização: civil, penal e administrativa. Para os fins deste trabalho, interessa mais a responsabilização cível e os instrumentos processuais à sua disposição, por tal razão é neste tipo de responsabilização de daremos maior enfoque.

Para (2012) Bedran e Mayer “no direito ambiental, sempre houve uma enorme dificuldade em demonstrar a culpa do agente causador do dano pela teoria subjetiva. Destarte, devido à importância do bem tutelado, a doutrina passou a adotar a teoria objetiva, que prescinde de culpa”.

Ao tratar sobre a responsabilidade civil ambiental Pereira (2016) nos ensina que se trata de responsabilidade extracontratual do Direito Civil, “consubstanciada no dever de indenizar ou reparar, a ser suportado por aquele que exerce atividade violadora do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja conduta tenha causado prejuízo ao meio ambiente ou à coletividade”.

O tema enfrentado pelo Constituinte de 1988, também tem guarida na Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no seu Art. 14, § 1º, assim o diz:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Nota-se, portanto, que a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é objetiva, ou seja, ela independe da existência de culpa, sendo pressupostos indispensáveis para a reparação: o dano ou evento danoso e o nexo causal.

Assim são as lições de Bedran e Mayer (2012):

A responsabilidade objetiva foi surgindo aos poucos na doutrina e jurisprudência, sendo adotada paulatinamente em leis esparsas até os dias atuais. Apesar de a responsabilidade subjetiva ser a regra, determinadas matérias elencadas na Constituição Federal, no Código Civil e na legislação brasileira tratam da responsabilidade sem culpa, sendo necessário apenas que se configure a ação ou omissão, o nexo de causalidade e o dano.

Considerando-se que o intento da legislação é conferir proteção efetiva ao meio ambiente e inibir condutas danosas ao mesmo, a responsabilização não poderia ser outra senão a objetiva.

Assim posiciona-se a jurisprudência do tribunal de justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO AMBIENTAL (ÁGUA E ESGOTO). ATO ILÍCITO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTES DO STF. DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS. Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 591874/MS, o plenário do Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que o dano causado por empresa prestadora de serviço público a terceiro não usuário do referido serviço deve ser analisado sob o prisma da responsabilidade civil objetiva, em que independe de culpa (lato sensu). Com efeito, ainda que o vitimado não tenha qualquer relação contratual com a empresa acionada na justiça, está-se diante de típico caso de responsabilidade civil extracontratual objetiva, cabendo à parte postulante a comprovação do evento danoso, do resultado e do nexo de causalidade entre um e outro. Verificando-se que o arbitramento na sentença do montante a título de dano estético levou em conta o grau de lesividade da conduta, bem como sua intensidade, a extensão do dano, a capacidade econômica das partes (requerente e requerido), a máxima da vedação do enriquecimento sem causa, a função pedagógica/preventiva, a repercussão da conduta do ofensor na esfera pessoal da vítima, a proteção dada pela lei, etc, sua confirmação é medida que se impõe. Recursos conhecidos e desprovidos. (TJ-DF - APC: 20130111106870, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 03/02/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 12/02/2016. Pág.: 203).

Seguindo a mesma ordem de ideias é a jurisprudência do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO. ESGOTO A CÉU ABERTO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRAS DE INFRAESTRUTURA E RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO. 1. A Constituição Federal, em seu artigo 225, consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso do povo e essencial à qualidade vida. 2. A Lei nº6.938/81, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, caracteriza como degradação ambiental a poluição que lese a saúde, a segurança e o bem-estar da população e, também, afetem as condições sanitárias do meio ambiente. 3. O artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 foi recepcionado pela Constituição Federal, ao prever a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, sem exigência de qualquer elemento subjetivo para configuração da responsabilidade civil. 4. A existência do dano e do nexo causal caracteriza a responsabilidade de reparação pelos danos ambientais causados, nos termos do artigo 225, § 2º, da CF, artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e o artigo 927, parágrafo único, do CC. 5. O Município tem o poder-dever de fiscalizar e regularizar a implantação de loteamentos irregulares, favorável ao interesse público e à satisfação do bem comum, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade vinculada. Exegese do art. 30 da CF e do art. 40 da Lei nº6.766/79. 6. Hipótese em que tanto o loteador, quanto o Município, tem responsabilidade pela regularização do loteamento, especialmente em relação às obras de infraestrutura, sendo a responsabilidade deste último subsidiária. 7. A herança responde pelas obrigações contraídas pelo

de cujus, mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, na proporção de seus quinhões, conforme disposto no art. 1.997 do Código Civil. RECURSO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DA CORRÉ ZELANI PROVIDO, COM EXTENSÃO EM BENEFÍCIO AOS DEMAIS CORRÉUS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70067541722, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Luiz Grassi Beck, Julgado em 19/07/2016.

Vê-se, portanto, que a responsabilidade civil em matéria ambiental, inclina-se a atuar de forma preventiva, ao passo que, almeja a certeza da imputação, na qual, não há avaliação do *animus* do agente, sua coercibilidade busca inibir a prática danosa e conscientizar quanto a necessidade de preservação.

4.1.4 A tutela ambiental e o tempo

O direito ambiental projeta-se no sentido de assegurar a prevenção. A atenção deve estar voltada à atuação que antecede à conduta danosa, já que, não raro, o dano torna-se irreversível de tal modo que as tutelas judiciais, especialmente aquelas projetadas para tal ramo jurídico, devem assegurar a efetivação do meio ambiente saudável, neste sentido, o tempo, torna-se o ponto fulcral na defesa do meio ambiente.

Neste diapasão insere-se a tutela jurisdicional, amplamente discutida no segundo e terceiro capítulos da presente dissertação, e que em linhas gerais, projetam-se com o fim de dar guarida à cada direito violado ou ameaçado de lesão, em outras palavras, a tutela jurisdicional, para ser adequada, precisa estar apta a proteger o direito subjetivo lesado.

Válido neste ponto reprimir que, na relação estabelecida entre direito ambiental, dano e tutela jurisdicional, um elemento importante ganha destaque "o tempo", visto que tempo e processo guardam entre si relação de significância, a exigência de que o processo veicule a demanda é, também, a expressão da acomodação do exercício do direito de ação em função da medida do tempo.

O Estado Democrático de Direito, que mantém compromisso com a relação dialética, deixa subentender que decisões tomadas abruptamente, somente dão margem, quando não ao erro, a injustiça:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize o devido processo legal e todos os seus consectários em sua plenitude, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo "demorado" é uma conquista da sociedade, os

“poderosos” de antanho poderiam decidir *imediatamente* (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013. p. 519).

O elemento “tempo” é justamente um dos principais pontos justificadores da existência do Novo Código de Processo Civil, o qual se propõe a garantir maior celeridade, simplicidade, além de tornar o sistema de normas jurídicas, mais coeso, mais compreensível e mais prático à vida diária dos juristas e jurisdicionados, tal projeção invariavelmente engloba a matéria ambiental, e é sobre estes aspectos que nos deteremos no próximo tópico.

4.2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.2.1 A necessidade de edição de um novo diploma processual

Foi por meio do ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, que se constituiu a Comissão de Juristas destinada a elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, o qual, no ano seguinte, foi apresentado ao público.

A comissão idealizadora do projeto, presidida pelo ministro do STF, Luiz Fux, teve em sua composição ilustres pensadores do direito processual civil brasileiro, dentre eles Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora) Adroaldo Furtado Fabrício Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

O cenário traçado por estes doutrinadores reflete uma sistemática processualística mais aproximada dos princípios constitucionais e mais intensamente ligada às garantias constitucionais, a celeridade e ao resgate do prestígio do poder judiciário.

Dentre os motivos ensejadores da mudança proposta, é digno de nota o que consta nos primeiros parágrafos da exposição de motivos do Anteprojeto, vejamos:

O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da

operatividade do sistema. O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade. Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência. Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais (BRASIL, 2010, p.13).

As justificativas aqui traçadas demonstram que a finalidade do estabelecimento de um novo código de processo civil não era simplesmente promover uma ruptura drástica com os paradigmas do passado e fazer um código irrestritamente inovador, era antes de tudo, proporcionar maior equilíbrio entre conservação e inovação, tornar o sistema de normas jurídicas mais coeso, mais compreensível e mais prático à vida diária dos juristas e jurisdicionados.

Corroborando este entendimento Wambier (2016, p. 40) ressalta que o Novo Código de Processo Civil, “embora seja, sob muitos aspectos, inovador, não é um Código em que se revela uma ruptura integral com CPC de 1973, ou mesmo com o primeiro CPC federal, editado em 1939”.

Segundo seus idealizadores, tal instrumento foi projetado com o intento de absorver as inovações da técnica processual e ser instrumento hábil a conciliar o sistema processual civil brasileiro aos fundamentos democráticos da Constituição vigente, sem desconsiderar, neste contexto, a rapidez sem precedentes das mudanças socioeconômicas hodiernas.

Fredie Didier Jr (2012), aponta três principais aspectos para a necessidade de um novo código de processo civil, são eles: a revolução científica, a revolução tecnológica e a revolução social.

Segundo este autor a revolução científica está atrelada ao fato de que a ciência jurídica passou por sensíveis transformações, tendo evoluído deveras, o que podemos observar no

nível intelectual acadêmico em nível de mestrados e doutorados existentes hoje no país, os quais eram praticamente inexistentes quando da entrada em vigor do antigo código. Cita ainda, que nos dias atuais, diferentemente de outrora, é maciço o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e do papel criativo e também normativo da função jurisdicional, o que se nota das decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. Defende que o CPC deve espelhar o atual estado da arte da ciência jurídica brasileira. Ressalta que o antigo CPC (1973) considerava os princípios ora como técnica de preenchimento de lacuna ora como jargão retórico, o que seria totalmente incompatível com o atual estágio do pensamento jurídico.

Didier (2012) continua afirmando que a Revolução tecnológica, realidade inevitável, modificou a sistemática processual brasileira, sobretudo no que se refere a virtualização da justiça, afirma que em um curto espaço de tempo futuro, a documentação de toda tramitação processual no Brasil será eletrônica, desta forma o novo Código de Processo Civil deve ser pensado para regular esta realidade, total e justificadamente ignorada pelo CPC de 1973.

A Revolução social, por sua vez atrela-se ao progresso econômico, no qual inseriu-se uma massa de consumidores, antes alheia à economia, o que gerou reflexos no exercício da função jurisdicional, com um aumento exponencial do número de processos em tramitação. Diz o estudioso que a massificação dos conflitos, é dado que não pode ser ignorado na elaboração de um novo CPC.

Soma-se a isto, no contexto social, o fato de que, quem se socorre aos umbrais do Estado-Juiz, o faz acreditando estar sofrendo uma violação de determinado direito que acredita lhe assistir, pouco importando, para quem procura a tutela, de que maneira ela será prestada, importante para o indivíduo é saber se ele receberá ou não a tutela que acredita merecer.

Portanto, neste particular, o modelo em que o autor deveria promover a ação de conhecimento, para depois ajuizar a ação de execução em vistas da satisfação de seus interesses, embora fundada na autonomia da individualidade, prejudicava em grande parte, determinadas classes sociais, sobretudo as menos favorecidas, que se desejassem guardada do Poder Público, encontrariam um Judiciário atravancado por um processo exageradamente formalista e caro.

A par disto, pode-se perceber que um Estado de perfil social, voltado para as garantias individuais, compromissado em construir uma sociedade justa, não pode simplesmente atribuir a prestação jurisdicional como um serviço a disposição do indivíduo, que, querendo, deva movimentar a máquina estatal em favor de seu direito, ainda que se possa discutir a respeito das vantagens ou não de determinado perfil estatal em relação a outro, indubitavelmente, esta não é prestação jurisdicional a que se refere a Constituição Federal de 1988.

Além do que, no modelo erigido com a Constituição Federal de 1988, a função jurisdicional deve ser exercida não apenas quando há lides individualizadas, mas também para tutelar interesses transindividuais, difusos e coletivos de titularidade indeterminada (ZAVASCKI, 2004, p. 25), abrangendo, inclusive, a tutela do próprio ordenamento, como no caso exemplificativo das ações declaratórias de inconstitucionalidade (SOARES, 2000, p. 121).

Em vista disto, cabe relatar que os avanços geo-políticos, em compasso com os avanços tecnológicos, que promoveram um progresso assustadoramente veloz, criando as mais variadas necessidades (MESQUITA, 2002, p. 153) em uma sociedade contemporânea de massas, preocupada na preservação do meio ambiente, da proteção das peculiaridades das minorias étnicas e étnicas, apoiados no ideia de solidariedade, sob o terceiro influxo de direitos fundamentais, necessita de um direito processual a conceber todos os tipos de instrumentos de proteção que as situações materiais exigem (ARENHART, 2015, p. 297), pois formas alternativas de tutela estão sendo cobradas pela coletividade que, cada vez mais, se ressentem de uma efetividade jurisdicional (MESQUITA, 2002, p. 155).

Ao analisar as razões para o estabelecimento de um novo CPC, Wambier (2016, p. 41) ressalta cinco principais diretrizes traçadas pelo novel instrumento, vejamos: “constitucionalização” do processo civil, adequação à realidade subjacente ao conflito, simplificação, dar rendimento ao processo e imprimir organicidade ao sistema.

Para Wambier (2016, p.42) A “constitucionalização” do processo civil é uma tônica extremamente forte no novo Código e consiste em buscar fazer com que o CPC estabeleça fina sintonia com a Constituição Federal. A adequação à realidade subjacente ao conflito é outra diretriz fundamental do novo CPC, e se detém a situar o processo num plano rente ao da sociedade, ao passo que esta é sua verdadeira destinatária, isto se daria por meio da criação de

mecanismos facilitadores do alcance da decisão negociada para o conflito subjacente ao processo (WAMBIER, 2016, p.43-44). A simplificação, por sua vez, conforme observa Wambier (2016, p.44) embora tenha sido uma das diretrizes do novo Código, se perdeu durante o debate legislativo, tendo a nova Lei criado um sistema mais complexo. Dar rendimento ao processo, é uma das inovações trazidas e consiste em evitar que questões decorrentes de um mesmo fato possam ser levadas sucessivas vezes ao judiciário, por diferentes pedidos (WAMBIER, 2016, p.45). Por fim, imprimir organicidade ao sistema consiste em dar maior coesão ao Código, neste sentido o novo CPC inova ao trazer uma parte geral que além de tratar de princípios constitucionais aplicáveis ao Código, estipula regras que se destinam a integrar todo o sistema processual (WAMBIER, 2016, p.46).

Nota-se, portanto, que o estabelecimento de um novo código de processo civil nasce da necessidade de contemporanizar o texto normativo às diversas transformações sociopolíticas vivenciadas e da urgência em se aproximar este instrumento legal, que é tão relevante, à sociedade, tornando o judiciário mais acessível e mais eficiente para aqueles que a ele recorrem.

O novel instrumento está compromissado mais com a substância do que propriamente com a forma, não havendo, mais que se falar em tipologia de ações, mas meios, maneiras, técnicas e medidas processuais de efetivação e adequação da prestação jurisdicional de tutela de direitos.

4.2.2 Breve histórico da tramitação do Novo Código de Processo Civil

Conforme já mencionado em linhas anteriores foi por intermédio do ato do Presidente nº 379, de 30/09/2009, que foi constituída a comissão de juristas destinada a elaborar o anteprojeto para reforma do Código de Processo Civil. O seletor colegiado, presidido pelo Min. Luiz Fux o qual entregou o anteprojeto ao Senador José Sarney, à época Presidente do Senado Federal, tendo este subscrito o documento e dado início a tramitação legislativa do Projeto de Lei do Senado, PLS Nº 166, de 2010.

Martins e Moreira (2015, p. 454) nos informam que o PLS 166/2010 teve tramitação célere no Senado Federal, já que o relatório final foi apresentado ao Senado em 24 de novembro e aprovado em 1º de dezembro de 2010, o mesmo recebeu poucas alterações. Em

22/12/2010, o instrumento foi submetido à Câmara dos Deputados, tendo sido identificado como PL nº 8.046/2010. O mesmo tramitou em regime especial, sofreu alterações numerosas e foi aprovado em 26/03/2014.

Após, foi reencaminhado ao Senado Federal, em 31/03/2014 foi autuado como SCD 166/2010 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/2010, proveniente do PL 8.046/2010), passando desde 24/06/2014 a ser relatado pelo Senador Vital do Rêgo. Em 16/12/2014 o texto base foi aprovado pelo Senado (MARTINS; MOREIRA, 2015, p. 455)

Sobre o histórico da tramitação do novo CPC é digno de nota as informações trazidas por Luiz Henrique Volpe Camargo, o qual integrou a comissão de técnicos, no âmbito do Senado Federal, designados para auxiliar a elaboração do relatório-geral, com a revisão do projeto e a análise, pormenorizada de todas as sugestões encaminhadas. Camargo (2011, p. 315) informa detalhes da tramitação do novo CPC, vejamos:

Por força do regimento interno do Senado Federal (art. 374), a apreciação de projetos de Código deve ser realizada por uma comissão especial de 11 Senadores, designada especificamente para tal fim”. Desta forma, 11 Senadores foram designados, tendo sido composta da seguinte forma: eleitos: o Presidente, Senador Demóstenes Torres, e o Vice-Presidente, Senador Antonio Carlos Valadares, e designado o Relator-Geral, Senador Valter Pereira. Explica o autor que após ter havido algumas substituições, o colegiado acabou sendo constituído pelos Senadores Acir Gurgacz (PDT-RO); Almeida Lima (PMDB-SE); Antônio Carlos Júnior (DEM-BA); Eduardo Suplicy (PT- -SP); Marconi Perillo (PSDB-GO); Papaléo Paes (PSDB-AP) e Regis Fichtner (PMDB- -RJ). Competiu ao o Relator-Geral a elaboração de um Plano de Trabalho que previu dentre outras: visitas a autoridades em Brasília; remessa de ofícios para: (a) todos os Senadores; (b) todos os membros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho; (c) autoridades representativas do Poder Executivo, de Juízes estaduais e federais, Advogados públicos e privados, Defensores Públicos, de membros do Ministério Público estadual e federal e da academia; (d) Presidentes de todas as Seccionais da OAB; (e) Presidentes de todos os Tribunais Regionais Federais; (f) Presidentes de todos os Tribunais de Justiça; (g) Presidentes de todos os Tribunais Regionais do Trabalho; (h) Representantes do Ministério Público de todos os Estados e do Ministério Público Federal; (i) Representantes das Procuradorias de todos os Estados; (j) Representantes da Defensoria Pública de todos os Estados; disponibilizando canal para a remessa de sugestões; bem assim a realização de 10 audiências públicas Brasil afora, tudo com um único objetivo: colher subsídios para aperfeiçoar o texto originário. No Plano de Trabalho também foi constituída uma comissão de quatro técnicos, no âmbito do Senado Federal, para auxiliar a elaboração do relatório-geral, com a revisão do projeto e a análise, uma a uma, de todas as sugestões encaminhadas. A convite do Relator-Geral, Senador Valter Pereira, tive a honra de participar dessa equipe de trabalho ao lado do Ministro aposentado do STJ Athos Gusmão Carneiro, do professor da PUC/SP e advogado Cassio Scarpinella Bueno e do Desembargador do TJ/MS Dorival Renato Pavan. Sob a batuta do Relator-Geral, apreciamos 58 outros projetos de Lei da Câmara e do Senado que foram pensados ao projeto de novo código (PLS nº 166, de 2010) e as 220 emendas a artigos específicos do projeto apresentados por 12 Senadores, quais sejam, Acir Gurgacz; Adelmir Santana; Antonio Carlos Júnior; Antônio Carlos Valadares; Cícero Lucena; Eduardo Suplicy; Francisco Dornelles; Marconi Perillo;

Mozarildo Cavalcanti; Níura Demarchi; Regis Fichtner e Romero Jucá. Também analisamos mais de 800 e-mails, cartas e sugestões encaminhadas pelo site do Senado Federal; 106 notas técnicas enviadas por diversas instituições e órgãos, além das sugestões orais (todas gravadas e, depois, degravadas) feitas em 224 manifestações realizadas nas 10 audiências públicas ocorridas, sendo duas em Brasília, uma em Recife, outras em Belo Horizonte, São Paulo, Florianópolis, Rio de Janeiro, Salvador, Campo Grande e Goiânia. Dando voz às diversas ponderações feitas pela comunidade jurídica, foi realizada ampla revisão e alteração do texto inicial. Ao todo, foram alterados/excluídos 447 artigos e introduzidos 75 novos dispositivos. Tudo isso resultou na elaboração de um relatório-geral pelo Senador Valter Pereira e, diante da dimensão das alterações, na consolidação de um texto tecnicamente denominado de substitutivo. Também foi elaborado um quadro comparativo entre o texto do Código em vigor (que tem 1.220 artigos), o projeto original (que tem 970 artigos) e o substitutivo (que, ao final, foi aprovado com 1007 artigos), para a compreensão de todos e que está disponível para consulta pública.

Nota-se que a tramitação do Novo CPC foi desenvolvida de modo a possibilitar a maior e mais democrática participação, tratou-se de ato extremamente complexo, sobretudo pelo volume de documentos que foram analisados, foi um ato amplamente discutido e pensado. O texto final do novo CPC foi enviado pelo Congresso Nacional à Presidência da República em 24/02/2015, vindo a constituir-se efetivamente em lei no dia 16/03/2015.

4.2.3 Aplicação do Novo Código de Processo Civil e seu “*vacatio legis*”

Dentre os diversos, acalorados e contrastantes debates que circundaram a elaboração e efetivação do novo CPC, chama especial atenção à questão de seu *vacatio legis*, isto porque, O novo CPC previu em seu art. 1.045 que o *vacatio legis* seria de 1 (um) ano da data de sua publicação oficial, e até pouco tempo antes de completar este período, não havia um consenso sobre o dia exato de sua entrada em vigor. Algumas correntes surgiram em torno do tema, havia quem defendia que seria no dia 16, outros no dia 17 e outros no dia 18/03/2016.

De início vale rememorar que o *vacatio legis*, é uma expressão jurídica, originária “do latim, *vacantia*, qualidade daquilo que está vago, não ocupado” (ACQUAVIVA, 1999, p.723). Em outras palavras podemos dizer que a expressão significa vacância da lei, isto é, o lapso temporal decorrido entre o dia da publicação de uma lei e o dia em que ela entra em vigor.

Sua origem decorre da necessidade de que se conceda um período de integração à nova lei. Consoante lições de Fiuza (2008, p.84):

A esse prazo, entre a publicação da lei e o início de sua vigência, chamamos de *vacatio legis*. Em outros termos, a lei existe, mas ainda não está vigorando, ainda não tem força obrigatória, vigendo a lei antiga para todos os fatos jurídicos ocorridos nesse período de *vacatio legis*. A *vacatio legis* terá sua duração determinada pela própria lei nova ou, se esta for omissa, pela Lei de Introdução ao Código civil.

O assunto, como mencionado, ganha especial relevância pelas opiniões distintas que suscita.

Doutrinadores como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 991) defendem que a entrada em vigor do novo CPC seria no dia 16 de março de 2016, isto porque a contagem se faria convertendo o prazo de um ano em 365 dias, de tal modo que o *vacatio legis* seria contado dia a dia e esse prazo estaria esgotado no dia 15 de março já que 2016 é um ano bissexto.

Há quem defenda, por sua vez, a ideia de que a entrada em vigor seria no dia 17 de março, assim diz Elaine Harzheim Macedo (2015, p.834):

O Livro Complementar, que cuida das disposições finais e transitórias, guarda a função de ajustar o novo estatuto a leis extravagantes que contenham conteúdo processual ou mesmo de direito material e a regular o fenômeno da aplicação da nova lei no tempo, entre outras disposições esparsas. Nesse sentido, o primeiro dispositivo deste livro, o art. 1.045, cuida de sua vigência e, conseqüentemente, da *vacatio legis*, estabelecendo o prazo que tradicionalmente se aplica às leis que tenham estrutura de código: um ano da data de sua publicação oficial. Assim, considerando que a publicação se deu no dia 17 de março de 2015, e o prazo em anos se contam de ano a ano, o CPC de 2015 entrará em vigor no dia 17 de março de 2016.

De modo diverso, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2015. p. 2033) defendem que seria em 18 de março de 2016 a entrada em vigor do novo CPC, isto se deve ao fato de que o novo Código foi publicado apenas em 17 de março de 2015, sabendo-se que seu *vacatio legis* é de 1 (um) ano, logo este terminaria em 17 de março de 2016 e como deve ser feita a inclusão tanto da data da publicação quanto do último dia do vencimento, a lei entraria em vigor no dia seguinte, ou seja, dia 18 de março de 2016.

As diferentes interpretações sobre o tema foram levadas ao conhecimento do Pleno do STJ pelo ministro Raul Araújo, presidente da Segunda Seção do tribunal. Tendo sido definido que o marco temporal para a entrada em vigor da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, seria o dia 18 de março “ o Pleno, de forma unânime, interpretou o artigo 1.045 do CPC para definir a questão. O artigo dispõe que “este código entra em vigor após decorrido um ano da

data de sua publicação oficial”. O novo CPC foi publicado no dia 17 de março de 2015” (BRASIL, STJ, Notícias).

Tais considerações, embora breves, são de suma importância para que compreendamos como o novo Código de Processo Civil se projeta frente às questões ambientais, especialmente, no que diz respeito ao dano ao meio ambiente.

4.3 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após nos apropriarmos das peculiaridades inerentes ao direito ambiental e compreendermos, ainda que brevemente, a contextualização social e jurídica na qual se insere o novo Código de Processo Civil, importa que adentremos na questão processual, dando destaque aos meios de defesa processual e as tutelas de urgência aplicáveis, também, em favor do meio ambiente.

4.3.1 Meios de defesa processual do meio ambiente e o novel Código de Processo Civil

A norma do Código de Processo Civil de 1973 não acompanhou a ebulição do debate ambiental, aliás, muitas questões, sobretudo aquelas ditas como direitos de terceira geração, sob uma concepção coletivista, não encontravam respaldo para a sua defesa nas disposições do Código de Processo Civil de 1973, isto se considerado em sua redação original, marcada pela escola autonomista de processo, onde a atuação repressiva do processo não servia para a tutela de direitos tidos como invioláveis (TESSLER, 2004, p. 168).

Exatamente por isto, em razão de uma melhor adequação entre os meios processuais para a tutela de direitos, especialmente direitos ainda recentemente reconhecidos, foi que a legislação passou a se preocupar na edição de diplomas específicos e ditos extravagantes em relação ao inidôneo meio processual clássico, assim surgem leis tratando de instrumentos jurídicos de defesa processual do meio ambiente, como o próprio Código de Defesa do Consumidor, que a partir de sua edição, em 1990, trouxe alterações legislativas para o processo brasileiro, como por exemplo, a previsão da tutela coletiva em seus arts. 81 a 104 (FILOMENO, 2008, p. 46).

Com efeito, é preciso notar que embora houvessem avanços no sentido de melhor adequar a prestação jurisdicional no sentido da tutela de direitos, o Código de Processo Civil, inclusive em relação ao Código de Defesa do Consumidor, prestou-se como complemento

legal, sendo aplicado na efetivação das disposições processuais extravagantes, como, por exemplo, o caso da expressa previsão constante no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor apenas reflete o influxo das concepções jurídicas latentes, embora ainda incipiente na processualística nacional, a ideia de tutela coletiva no Brasil surge primeiramente com a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), sendo consolidada posteriormente com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ambas recepcionadas no texto da Constituição Federal de 1988, com expressa previsão para seu emprego em defesa do meio ambiente, respectivamente em seus art. 5º, LXXIII e art. 129, III da Carta Magna de 1988.

De toda sorte, inobstante a especialidade das citadas leis, o Código de Processo Civil permaneceu como instrumento de suporte jurídico para a aplicação de todas as mencionadas legislações, basta notar a previsão do art. 7º constante no texto da Lei da Ação Popular e art. 19 da Lei nº 7.347 de 1985, fazendo parecer que a evolução da matéria processual se daria longe do debate acerca das disposições do códex, em verdade, a legislação extravagante, com o passar do tempo, serviu para evidenciar o descompasso do Código de Processo Civil editado em 1973, passando a cobrar um novo diploma processual que pudesse servir a uma gama maior de direitos reconhecidos.

Assim, a Lei de Ação Civil Pública representa um dos principais instrumentos processuais para que os seus legitimados ativos pleiteiem a cessação do ato lesivo ao meio ambiente, a recuperação de áreas ambientalmente degradadas bem como formular pedidos alternativos ou cumulados de pagamento de indenização pelo equivalente pecuniário em decorrência do dano ambiental, passando então a prestigiar a tutela ressarcitória na forma específica, vez que, por se tratar de direitos transindividuais, recomendável, principalmente, a prestação da reparação “*in natura*” (CASTRO, 2006, p. 162).

Em seus primordiais dispositivos, a Lei nº 7.347 de 1985, dispõe que o objeto da ação civil pública compreende a tutela preventiva ou ressarcitória dos bens e direitos metaindividuais (meio ambiente, consumo), os bens e direitos de valor histórico, turístico, paisagístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ordem econômica, economia popular ou ordem urbanística (ALONSO JR., 2006, p. 222).

Lembrando, entretanto, embora a ação, no plano processual, não tenha nome, servindo apenas sua denominação mediante predicação, no plano substancial do direito material, a ação civil pública recebe este nome em virtude de sua propositura ser feita inicialmente pelo Ministério Público, desse modo, em contraste a ação penal pública, historicamente, inclusive antes da edição da própria lei de 85, já se denominava ação civil pública o instrumento de defesa de interesses coletivos (ALONSO JR., 2006, p. 223).

Como se pode ver, os contornos processuais da ação civil pública foram dados mediante o emprego do instrumento pelo Ministério Público, não por outra razão que o manejo ou não da precitada ação irá depender de um procedimento administrativo prévio com o intuito de apurar os fatos sob investigação do órgão ministerial, assemelhado ao que ocorre no inquérito policial, por isto, dito inquérito civil. O inquérito civil, instaurado e presidido pelo Ministério Público, tem como objetivo investigar determinado fato, para, apurado, fornecer elementos de convencimento mínimo para a propositura da ação (CASTRO, 2006, p. 148).

A particular importância do inquérito civil é a de garantir acesso ao fato pelo órgão estatal competente, antes mesmo de ser levado ao órgão estatal competente para a prestação jurisdicional, funcionando como um verdadeiro filtro, em que se separa aquilo que de fato constitui razão para a propositura da ação civil pública – muito mais complexa e dispendiosa – , daquilo que conduziria a uma eventual improcedência do pedido formulado na ação ou, ainda, viabilizando uma composição antecipada, sem que haja a necessidade de judicialização do fato.

No que tange a composição, esta como instituto jurídico de solução de conflitos, é admitida pela lei, chamada de termo de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, § 6º da Lei de Ação Civil Pública, podendo ser tomado pelos órgãos legitimados em lei, com a finalidade de exigir do degradador sob cominações de medidas sancionatórias, como multas ou suspensão da atividade, formando um reconhecido título executivo extrajudicial, ou, quando tomado, se acordado e previsto, poderá ainda o termo de ajustamento de conduta ser homologado em juízo, tornando-se título executivo judicial, portanto, sujeito a uma etapa de execução mais simples, ressalvada a responsabilidade penal pela violação ambiental, devendo ser discutida em processo próprio (CASTRO, 2006, p. 148).

Outros aspectos de relevo processual para a ação civil pública dizem respeito a sua legitimidade passiva, bastando, porém, verificar que todos aqueles com capacidade processual podem ser posicionados no polo passivo, bastando que concorram para uma lesão ou tentativa de lesão, sendo por ela responsável, para que ocupem o lugar de réu na relação processual. Em relação a seus fundamentos subjetivos (causa de pedir), estes encontram-se plasmados na própria lei, bem como aqueles extraordinariamente legitimados para propor a ação civil pública.

A legitimação extraordinária da parte postulante ocorre porque, quando não há correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do órgão julgador, por isto, se diz que o legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito.

Contudo, é possível que o bem tutelado seja concernente, também, ao próprio legitimado extraordinário, este na condição de titular de direitos terá legitimação ordinária, assim, havendo titularidade, ainda que não exclusiva, haverá legitimação extraordinária autônoma, como no caso da Lei de Ação Civil Pública, onde há legitimação ativa extraordinária, autônoma, concorrente e disjuntiva, porque podem por força de lei propor a ação (autônoma), ainda que todos a proponham a ação (concorrente), poderão agir sozinhos, autonomamente, ou em conjunto por meio de litisconsórcio com outros (disjuntiva) (ALONSO JR., 2006, p. 228).

Ocorre que, apesar da ação civil pública ter uma grande abrangência do seu espectro de defesa, o cidadão comum, a pessoa física, não detém legitimidade ativa para a sua propositura, em verdade qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos casos de ajuizamento de ação civil pública, especialmente quando se tratar de casos de lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente (ALONSO JR., 2006, p. 234). Porém estará excluído o indivíduo particular, evidenciando, portanto, o caráter institucional da ação civil pública, isto é, a legislação que trata da ação civil pública lhe construiu para servir as entidades de representação democrática, incluída aí a associação civil que atenda aos requisitos legais (CASTRO, 2006, p. 163).

Exatamente por isto, tem lugar outro importante instrumento de defesa de direitos transindividuais é a ação popular, o primeiro instrumento de defesa de interesses coletivos, possibilita que qualquer cidadão proponha ação visando anulação de ato lesivo ao patrimônio

público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural a partir da edição da Lei Federal nº 4.717 de 1965, expressamente recepcionada pelo art. 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988. Com precisão, Temer (2015, p. 210) lembra de que a ação popular servia ao povo para defesa de direitos próprios.

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta Constitucional de 1824, dela não cuidou a Constituição de 1891, fê-lo, no entanto, a Constituição de 1934, no art. 113, 38, como também a Constituição de 1946, no art. 141, § 38. Ignorou-a a Constituição de 1937. A Constituição de 1967 sobre ela dispunha, no art. 150, § 31, e a de 1969 e finalmente a Constituição de 1988, que em nível infraconstitucional recebe regulamentação a partir da Lei Federal nº 4.717 de 1965 (TEMER, 2015, p. 210).

É preciso notar que a partir da Constituição Federal de 1988 a ação popular sofreu uma ampliação em seu espectro de defesa abrangendo não apenas os casos em que o dano atinja o patrimônio de entidades públicas como de outras das quais o Estado participe, visando a preservação dos recursos financeiros da sociedade (CASTRO, 2006, p. 185). Outra importante característica que chama atenção diz respeito a legitimidade ativa para a propositura da ação popular, aqui, diversamente do que ocorre com a ação civil pública em que somente pessoas jurídicas podem propô-la, na ação popular, somente a pessoa física tem legitimidade para sua propositura, desde que sustente o status de cidadão, isto é, esteja em pleno exercício e gozo de seus direitos políticos, de modo que pessoas criminalmente condenadas não podem propor a ação popular, em virtude da suspensão de seus direitos políticos.

Em relação a ação civil pública, a ação popular possui um raio de atuação mais restrito, aqui somente os direitos difusos podem ser tutelados via ação popular, excluindo-se, por conseguinte, outros direitos metaindividuais, como os direitos consumeristas. Na defesa do meio ambiente por meio da ação popular, a lesividade do ato questionado é presumida, dispensando-se, por óbvio, sua comprovação, servindo não apenas para questionar o ato comissivo, mas também o ato omissivo da Administração Pública que possa acarretar degradação ambiental ilícita.

Como se vê, os atos questionados por meio da ação popular restringem-se ao âmbito de atuação administrativa de qualquer dos poderes do Estado, tratando apenas atos

administrativos, contratos administrativos, fatos administrativos e qualquer outro expediente que veicule conteúdo administrativo, portanto, atos de conteúdo jurisdicional não são passíveis de serem contrastados por intermédio da ação popular, o que lhe diminui a capacidade perscrutativa, aliás, a ação popular em defesa do meio ambiente somente se mostra útil nas hipóteses em que as agressões ao meio ambiente decorram de atividades dependentes de autorização do Poder Público para o seu exercício (ALONSO JR., 2006, p. 221).

Ainda em defesa do meio ambiente, se reconhecida por via oblíqua o atendimento a esta determinada finalidade, encontra-se as ações possessórias, previstas como procedimento especiais no vigente Código de Processo Civil, inobstante o registro de algumas críticas em relação a esta opção legislativa, vez que o atual Código de Processo Civil adotou o regime geral de tutelas provisórias, não mais justificando-se a necessidade de conceder medida liminar para proteção da posse como motivo de enquadramento em rito especial das referidas ações.

A bem da verdade, o que se busca tutelar por meio das ações possessórias em si é a posse de um determinado bem, podendo ser a ação possessória, de acordo com o fato que lhe anima, como por exemplo, a ação de reintegração de posse, quando diante de um esbulho ou da ação de manutenção de posse em razão de uma turbação, podendo ainda manejar dentro das ações possessórias o interdito proibitório, visando prevenir a posse de eventuais agressões (CHALHUB, 2014, p. 51).

Desse modo, cabe destacar para melhor compreender que os conceitos de esbulho e turbação, embora não sejam assuntos deste trabalho, podem ser evidenciados a partir da denominação das respectivas ações possessórias, isto é, enquanto a reintegração com base no esbulho pressupõe a privação da posse, a manutenção da posse em razão da turbação, pressupõe um incômodo no exercício do direito de posse (MARINONI, 2013, p. 429).

Cabe não confundir as ações possessórias ou ações fundadas na posse com as ações de imissão na posse, pois, ainda que a ação de imissão de posse e a ação de reintegração de posse objetivem a posse, a primeira é a ação daquele que possui direito à posse contra aquele que tem a obrigação de transferi-la, ao passo que a ação de reintegração é a ação do possuidor, por isto, fundada na posse, contra aquele que cometeu o esbulho. Não se confundem porque

enquanto a reintegração de posse objetiva dar proteção ao fato jurídico posse, a ação de imissão na posse busca realizar o direito à posse (MARINONI, 2013, p. 423).

Em relação ao interdito proibitório, ação disponível para aquele que, temendo o esbulho ou turbação iminente, objetiva impedir a agressão à sua posse, devendo, para obtenção da tutela de direitos, provar a probabilidade de iminente agressão a sua posse, evidenciando, pois, seu eminente caráter preventivo, como bem lembra Marinoni (2013, p. 430).

Agora, diante das técnicas processuais contidas no art. 461, que abriram as portas para uma ação de conhecimento preventiva – a ação inibitória – o interdito proibitório pode ser melhor compreendido, pois nada mais é do que um procedimento instituído para dar tutela preventiva à posse. Entretanto, a revelação de que sempre existiu no CPC forma processual para se pedir tutela inibitória, independentemente do processo cautelar, permite ver que a legislação processual sempre esteve consciente de que a prevenção pode ser viabilizada por meio da ação de conhecimento...

O vigente Código de Processo Civil trouxe uma grande novidade em relação as ações possessórias, prevendo regras específicas acerca da hipótese de ações em que figuram no polo passivo muitas pessoas, convencionando-se, inclusive, falar em ações possessórias coletivas. A referida previsão tem como objetivo regular as invasões coletivas de imóveis urbanos ou rurais, sejam públicos ou privados, podendo ou não ser área ambientalmente estratégica, como por exemplo, a invasão de determinada área de preservação ambiental (VASCONCELOS, 2006, p. 289).

Dessa sorte, o atual Código de Processo Civil, em suas disposições acerca do procedimento especial das ações possessórias, prevê a possibilidade de citação, nestas ações, serem feitas pessoalmente dos ocupantes encontrados no local invadido, bem como a citação por edital dos demais, determinando-se a intimação do Ministério Público e, se o conflito envolver pessoas em situações de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública, cabendo, pois, ao juiz dar ampla publicidade da existência da ação e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal, rádio ou outro meio de difusão da informação (VASCONCELOS, 2006, p. 290).

O mandado de segurança é outro instrumento a disposição da defesa civil do meio ambiente, senão porque garantido sua impetração pelo Ministério Público na defesa dos direitos previstos na lei de ação civil pública, então porque a Constituição Federal de 1988 assegurou o manejo do “*mandamus*” para proteger direito líquido e certo, não

amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (CASTRO, 2006, p. 150).

A exigência de liquidez e certeza do direito a ser protegido pela via do mandado de segurança, diz respeito, tão-somente, aos fatos, que, por essa razão, deverão ser provados de maneira incontestável e clara pelo impetrante, de modo que por mais intrincada a questão de direito e por mais dúvidas que tal questão possa suscitar na consciência do julgador, se a fundamentação fática da pretensão for demonstrada por prova documental, o direito alegado será líquido e certo, bastando ao órgão julgador, neste caso, decidir se existe ou não o direito afirmado (NEVES, 2013, p. 126).

Para a defesa civil do meio ambiente especial importância tem o mandado de segurança coletivo, que embora previsto no art. 5º, LXX da Constituição Federal, somente recebeu previsão infraconstitucional com o advento da Lei nº 12.016 de 2009, que trata tanto do mandado de segurança individual quanto coletivo, em que pese as disposições da referida lei serem poucas para tratar do mandado de segurança coletivo, restando serem aplicadas subsidiariamente as regras do microsistema coletivo, previsto na Lei de Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil (NEVES, 2013, p. 198).

No que diz respeito aos legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo, estão previstos o partido político com representação no Congresso Nacional, a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Dessa sorte, ficou reservada à tutela de direitos prestada por intermédio do mandado de segurança coletivo, casos que tratem de direitos coletivos e individuais homogêneos, praticamente repetindo o conceito legal dessas espécies de direito já dadas pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, portanto, deixa de oferecer tutela para os direitos difusos, ainda que pese o ressentimento de boa parte da doutrina especializada, tendo em vista a ausência de justificção para uma norma vedar a tutela dos direitos difusos por meio do mandado de segurança coletivo.

Certo é que, refletindo o que os tribunais superiores já entendiam (vide Súmula 101 do STF), em prestígio da previsão da ação popular para a tutela destes direitos, não pode o mandado de segurança servir em substituição a ação popular (NEVES, 2013, p. 201). Em contrariedade, digno de nota as palavras de Alonso Jr. (2006, p. 212):

É a ilação natural daquele pensamento jurídico segundo o qual não cabe ao intérprete restringir onde a norma não o fez, sendo coerente depreender-se da atividade política a defesa de direitos líquidos e certos de toda a sociedade, de grupos ou categorias específicas.

[...]

Assim, aos legitimados é constitucionalmente possível, nos termos do art. 5º, LXIX, proteger direito líquido e certo da sociedade, obtendo-se, *verbi gratia*, anulação de um licenciamento ambiental obtido sem os devidos tramites legais, pois o direito de todos (inclusive dos legitimados) ver incidir as regras preventivas dentro do princípio da legalidade, objetivando evitar impactos ambientais; ou, noutro exemplo, perfeitamente viável obter, em mandado de segurança coletivo, anulação de um decisão do Conselho de Desenvolvimento Econômico que aprovou fusão prejudicial ao consumidor coletivamente considerado.

Contudo, outro importante ponto no tocante as ações de mandado de segurança, diz respeito a prévia e inconstitucional impossibilidade de concessão de medidas liminares em relação a Fazenda Pública, assim, o dispositivo legal proíbe expressamente a concessão de liminar em mandado de segurança que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Ademais, para blindar de forma definitiva o Poder Público, o § 5º do art. 7º da Lei 12.016/2009 veda que as matérias anteriormente descritas sejam objeto de tutela antecipada, de forma que mesmo a parte optando pela tutela de seu direito pelas vias ordinárias, não fará jus à tutela de urgência satisfatória (NEVES, 2013, p. 187).

O mandado de injunção, juntamente com a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, são reconhecidos como meios civis de defesa direta do meio ambiente, reconhecido constitucionalmente no art. 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988, somente em 2016, com a Lei nº 13.300 de 2016, o mandado de injunção, seja individual ou coletivo, passou a receber regulamentação.

Por previsão expressa em seu texto, conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à

cidadania, em especial no que diz respeito ao mandado de injunção coletivo, são ativamente legitimados: o Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; o partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; e a Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Quanto aos direitos tuteláveis por meio do mandado de injunção, o art. 12, parágrafo único, da Lei nº 13.300 de 2016, deixa claro que se tratam de direitos, liberdade e prerrogativas pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria, abrangendo tão somente os direitos coletivos e difusos, sem com isso tutelar os direitos individuais homogêneos, mesmo porque, por óbvio, este deverá ser tutelável por meio do mandado de injunção individual.

Porém, importante lembrar que semelhante ao que ocorre nos demais casos, ressalvado o caso particular da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016 de 2009), que expressamente previu em seu art. 24, a aplicação das disposições concernentes ao litisconsórcio previsto no Código de Processo Civil, em todos os casos, inclusive do próprio mandado de segurança, aplica-se subsidiariamente as disposições gerais do Código de Processo Civil. No caso do mandado de injunção, sua previsão consta no art. 14, elencando também como diploma de aplicação subsidiária a Lei do Mandado de Segurança.

Como se vê, além desses instrumentos especiais a serviço da tutela ambiental, todos previstos em leis esparsas e ainda vigentes, não se pode perder de vista como “ultima ratio” na defesa civil do meio ambiente as ações ordinárias, comuns, seja para tratar da responsabilidade civil decorrente do dano ambiental, seja para inibir a atuação de um pretense agressor ambiental, ou até mesmo, mediante a fixação de obrigação cominatória em que se impeça o mau uso dos recursos ambientais, todas estas ferramentas de defesa, ainda que

previstas em lei específicas devem socorrer-se as disposições contidas no Código de Processo Civil vigente, este funcionado como plexo supletivo e subsidiário de normas para os processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, conforme expressa previsão do art. 15 do vigente Código de Processo Civil.

No que diz respeito as ações de defesa do meio ambiente fundadas no Código de Processo Civil, estas são aquelas que permitem prestar uma tutela preventiva em reação a uma ameaça de lesão ao patrimônio ambiental, por isto, reconhece-se as ações inibitórias como autênticas salvaguardas para este intento, lembrando, no entanto, que ao se referir por “ações” não se está a tentar classificar aquilo que por essência é único, portanto, inclassificável, mas assim o costume preconiza o emprego no sentido de facilitar o entendimento pois o que se procura mediante o ajuizamento de uma ação sustentando uma pretensão preventiva é a prestação de uma tutela jurisdicional de efeito inibitório em reação a uma ameaça de lesão a direito (SPADONI, 2007, p. 71).

Assim, mediante o ajuizamento de uma ação com finalidade inibitória, a parte autora pretende ver acolhida sua pretensão de impor ao réu uma obrigação de conduta comissiva ou omissiva que, se atendida, ou obtida, por meios de apoio da prestação jurisdicional, o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação imposta, impede uma violação próxima e satisfaz, na forma específica, determinado interesse seu. Ou seja, é um instrumento processual nitidamente preventivo, dado que visa atos futuros, instantâneos, continuados ou repetitivos, tidos como contrários a ordem jurídica, garantindo, desta forma, a satisfação do direito “*in natura*” do autor e a atividade jurisdicional dela decorrente, para cumprir com este encargo, procura não conceder ao jurisdicionado um mero equivalente pecuniário (SPADONI, 2007, p. 74).

Vale lembrar que dentre os vários instrumentos processuais predispostos para reagirem em relação a uma ameaça de direito, o Código de Processo Civil de 1939, anterior ao recentemente revogado Código de Processo Civil de 1973, previa a ação cominatória, ferramenta, com tramitação de procedimento especial, com o objetivo específico de alcançar o adimplemento de uma obrigação de fazer ou não fazer, por meio de uma ordem de cumprimento dirigida ao réu, sendo apoiada, inclusive, com a fixação de multa em caso de descumprimento.

Embora prevista no art. 287 do Código de Processo Civil de 1973, Spadoni (2007, p. 93) informar que apesar de poder ter sido empregada para desenvolver a função que hoje assume as ações inibitórias, “esbarrou em construções jurisprudenciais mal avisadas, que desvirtuaram o instituto, degradando-se em uma tutela meramente sancionatória” com a aplicação desmesurada do princípio “*nemo praecise potest cogi ad factum*”, assim, a ação cominatória prevista no art. 287 do Código de Processo Civil de 1973 foi ab-rogada com a reforma legislativa levada a efeito, entre outras, pela Lei nº 8.952 de 1994, passando a constar como ação atípica com fundamento no art. 461 do CPC (GAIO JÚNIOR, 2015, p. 90).

Desta sorte, acaso interposta “ação cominatória”, deve o juiz recebe-la e processá-la como ação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, preventiva ou repressiva, com fundamento no art. 461 do diploma processual revogado, que ganhou correspondente no art. 497 do atual diploma, sem muito inovar, acompanhado dos artigos seguintes da Seção IV, do Capítulo XIII, que trata da sentença e coisa julgada, permitiu-se reger a hipótese de julgamento das obrigações de emitir (prestar) declaração de vontade, não prescindido dos conteúdos dos artigos revogados (GAIO JÚNIOR, 2015, p. 106).

Em conclusão, o direito processual em um dado momento histórico, sob forte influência de uma determinada escola processual que reconhecia necessidade do tema adquirir autonomia científica, se distanciou da perspectiva do direito substancial ao ponto de um de seus maiores instrumentos, isto é, o Código de Processo Civil, ser concebido como resultado do trabalho da correspondente escola, partindo, então para um novo momento de reaproximação do direito processual em relação ao direito material.

Em conclusão, vê-se que o direito processual em um dado momento histórico, sob forte influência de uma determinada escola processual que reconhecia necessidade do tema adquirir autonomia científica, se distanciou da perspectiva do direito substancial ao ponto de um de seus maiores instrumentos, isto é, o Código de Processo Civil, ser concebido como resultado do trabalho da correspondente escola, partindo, então para um novo momento de reaproximação do direito processual em relação ao direito material.

Neste novo momento, com o avanço do direito material em reconhecer novos direitos, cobrando, por sua vez, uma proteção adequada e tempestiva, a partir do surgimento de legislações específicas, mudanças pontuais no modelo processual se fizeram necessárias, rompendo, pois, com o paradigma autonomista do processo então existente, daí as primeiras

perturbações do modelo que a partir de então estaria com os dias contados, sobretudo a partir da instituição de um novo Estado Brasileiro, nos moldes de Estado Democrático de Direito conforme a Constituição Federal de 1988.

A Carta Constitucional de 1988 cobrava um modelo processual novo, segundo seus ditames e princípios, capaz de atender a seus elevados objetivos, atenta as prerrogativas individuais e sociais, por isto, as alterações na legislação processual posteriores a 1988, ainda que significativas e em boa hora, somente foram capazes de estender por mais tempo a vigência de um Código Processual que dificilmente sobreviveria as necessidades de um Estado em dinâmica transformação, por isto, o vigente Código de Processo Civil representa a consolidação de um momento da ciência processual em que a tutela do direitos se preocupa em ser prestada de acordo com a necessidade de cada direito, cobrando, portanto, um diploma processual pragmático e genérico.

Desse modo, a legislação processual prevista no vigente Código de Processo Civil vem atender a uma gama de direitos que devem ser tutelados de maneira efetiva, assim, buscou-se um diploma processual simples, pragmático, sensível a necessidade dos direitos sob sua tutela, não por outra razão, o meio ambiente, conseguiu importante aliado em sua defesa, basta ver a atual previsão da possibilidade de se inverter o ônus probatório conforme as necessidade do caso, bem como a prestação de tutela de urgência ainda que antecedente a própria ação em que irá se discutir determinado direito, todos são mecanismos agora previstos, que irão, ao menos assim se espera, melhor atender aos direitos de todos por um meio ambiente hígido.

4.3.2 Das tutelas de urgência em favor do meio ambiente

Em matéria de tutela jurisdicional ambiental, ganham destaque aqueles instrumentos processuais hábeis a assegurar efetividade ao referido ramo jurídico, sobretudo porque, conforme mencionado em linhas anteriores o dano ambiental pode ser de difícil ou mesmo impossível reparação.

No caso do direito ambiental, sem deixar escapar a lição de que o Estado chamou para si a função jurisdicional, é necessário que o direito processual esteja preparado para realizá-la, afinal, o direito de ação não é apenas um direito a uma sentença de mérito (TESSLER, 2004, p. 161), significa muito mais, sua satisfação observa o direito de obter do Estado-Juiz a

efetiva proteção de um direito invocado, neste caso um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (PORFÍRIO JR., 2002, p. 33).

Por seu turno, lembrando que a “cada direito violado ou ameaçado de lesão deve, portanto, corresponder a ‘uma forma de tutela jurisdicional capaz de segurá-lo’” (CÂMARA, 2007, p. 88), destaca-se relação de adequação existente entre o direito e a tutela jurisdicional (TESSLER, 2004, p. 162), revelando, assim, o conteúdo dogmático do princípio da adequação, que propõe tanto ao Legislativo que produza regras processuais com os direitos afirmados, quanto ao judiciário, autorizando ao magistrado adaptar o procedimento ao caso concreto (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 84).

Não por isso, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, revela-se como um plexo principiológico que sustenta o citado princípio da adequação e da efetividade da jurisdição, dado que a tutela jurisdicional não deve abranger apenas a reparação de lesões consumadas, mas também os meios de as evitar, inserindo, portanto, a tutela de ameaça a direito, ou tutela preventiva, nas espécies de tutela jurisdicional (MELO, 2010, p. 11).

A esse propósito, quando se fala em técnica adequada, pretende-se demonstrar que, para cada bem assegurado pelo direito material, deve existir um mecanismo processual correspondente, com aptidão para realizá-lo. A par disso, ante a existência de uma infinidade de direitos, é difícil crer que um único procedimento, com uma única técnica de tutela, tenha capacidade de atender as exigências da diversidade vivenciada no direito material, sobretudo no sentido repelir eventuais ameaças porventura sofridas (TESSLER, 2004, p. 161).

Com efeito, a importância não apenas de medidas processuais diferenciadas, mas de procedimentos diferenciados, que na perspectiva de Tessler (2004, p. 163), tornam possível aferir a efetividade do processo e de sua aproximação com o direito material.

Em vista disto, o direito ambiental se apresenta como carecedor do tratamento diferenciado, se considerado como direito difuso, assim, o direito ao meio ambiente deve ser tutelado por meio de um processo coletivo, estruturado de forma a assegurar o direito fundamental à sua inviolabilidade, logo, para se falar em tutela jurisdicional efetiva do ambiente exige-se técnica processual adequada e procedimento compatível (TESSLER, 2004, p. 167).

Desta feita, é imprescindível que o direito seja dotado de mecanismos aptos a sanar, minimizar, e, na melhor das hipóteses, evitar novos danos ao meio ambiente. Conquanto a Carta Magna já traga, inclusive de forma expressa, a proteção ambiental, traçando os caminhos para tanto, é imprescindível que haja uma tutela jurisdicional capaz de sanar os danos de forma imediata, garantindo a prevenção do dano em detrimento da sua reparação.

Nesta ordem de ideias, importa consignar as lições de Tessler (2004, p.163):

O direito ambiental consiste em uma das hipóteses que exigem este tratamento diferenciado. Como direito difuso, o direito ao meio ambiente deve ser tutelado por meio de um processo coletivo, estruturado de forma a assegurar o direito fundamental à inviolabilidade. Portanto, para se falar em tutela jurisdicional efetiva do ambiente exige-se técnica processual adequada e procedimento compatível.

Conforme já discutido ao longo desta pesquisa a tutela jurisdicional ganha destaque porque, não raro, os instrumentos administrativos e até mesmo as normas de direito ambiental por si só, não são suficientemente hábeis a repelir o prejuízo ambiental.

É imperativo no cenário ambiental hodierno, a adoção de medidas enérgicas e de efeitos instantâneos, capazes de instruir coercitivamente aquele que deu causa ao dano, resguardando-se, deste modo, o bem em tutela.

Válido destacar que a proteção ambiental tem caráter publicista. De tal modo que a questão centra-se em assegurar proteção a um bem que é do interesse de todos. Desta feita, o processo destinado à prestação da tutela jurisdicional ambiental tem características muito próprias. De tal sorte que a base principiológica detida à prestação da tutela jurisdicional destinada à proteção ambiental afastam-se, por vezes, daqueles tradicionalmente proclamados pelo processo civil.

Nas palavras de Marin e Lunelli (2010, p. 317-318):

O processo destinado à defesa ambiental haverá de revestir-se de um caráter sócio-coletivo, norteados pela importância a ser atribuída, acima de tudo, à tutela do bem em questão. O objetivo primário é o de obter-se, rapidamente, o bem ambiental almejado. Os aspectos processuais não poderão, pois, sobrepor-se ao bem material tutelado. A legitimidade será, via de regra, extraordinária e as discussões acerca dessa legitimidade perdem espaço ante a verificação de que o bem ambiental a todos interessa e aproveita. A tutela obtida num processo coletivo deverá alcançar também os individuais que não participaram da relação processual. É a eficácia erga omnes da coisa julgada. Por outro lado, se a lesão alegada não restar definitivamente comprovada, ensejando a improcedência da ação por falta de provas, não se faz coisa julgada, permitindo-se a formulação de novo processo, desde que trazida a prova faltante. A intervenção de terceiros haverá de ceder espaço à celeridade que se busca no processo ambiental. Todavia, como se demonstrará adiante, o princípio da estabilidade subjetiva da demanda resta enfraquecido, na medida em que se deverá

admitir a convocação, mesmo de ofício, de terceiros causadores do malefício ambiental. A indisponibilidade é outra característica marcante das ações ambientais, que se justifica exatamente pelo interesse coletivo na questão deduzida em juízo, mesmo que trazida individualmente. Essa indisponibilidade – que representa um dos princípios do Direito Ambiental – também opera no rumo da publicização dos processos ambientais. A tutela jurisdicional do ambiente, portanto, deverá estar atenta a essas peculiaridades desse bem e conduzir-se dentro de princípios que lhe sejam adequados e compatíveis, como garantia de sua efetividade.

Neste diapasão, destacam-se as tutelas jurisdicionais de urgência, as quais, conforme disposição expressa do novo CPC, serão concedidas quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, vejamos o que diz a nova norma quando comparada à antiga:

ANTIGO CPC	NOVO CPC
<p>Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).</p> <p>§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)</p> <p>§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)</p> <p>§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)</p> <p>§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)</p> <p>§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)</p> <p>§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se</p>	<p style="text-align: center;">TÍTULO II DA TUTELA DE URGÊNCIA</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS</p> <p>Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.</p> <p>§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.</p> <p>§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.</p> <p>§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.</p> <p>Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.</p> <p>Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:</p> <p>I - a sentença lhe for desfavorável;</p> <p>II- obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;</p>

<p>incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)</p> <p>§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)</p>	<p>III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;</p> <p>IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.</p> <p>Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.</p>
--	--

Quadro 2 – comparativo entre o antigo e o novo CPC

Como visto acima, o novo código de processo civil simplificou a antecipação denominando-a agora como tutela de urgência a qual prescinde do convencimento quanto a verossimilhança, demandando apenas que se demonstre a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (Art. 300, NCPC). Trouxe também a tutela de evidência, a qual, prescinde dos requisitos inerentes à tutela de urgência, vez que não possui este caráter urgente. Este é o principal aspecto inerente à processualística pátria no que se refere à questão ambiental.

Na perspectiva das técnicas processuais em relação a cognição jurisdicional, vez que esta irá, invariavelmente, corresponder a um respectivo fato processual levado ao conhecimento do órgão julgador, constituindo este no dever de prestar o pronto emprego da técnica processual correspondente para o fato informado, trata-se, então da técnica cautelar e da técnica de antecipação.

Apesar de que, sem prejuízo de eventuais outras técnicas processuais, dentre as quais apenas serão mencionadas sem maiores aprofundamentos, vez que não é pretensão deste trabalho esgotar o assunto, o Código de Processo Civil prevê, ainda, várias outras técnicas processuais em favor da cognição jurisdicional, como a técnica de uniformização de pronunciamento, representadas pelo incidente de assunção de competência e incidente de resolução de demandas repetitivas.

A técnica cautelar reside na evolução da concepção do processo, quando compreendida como um procedimento autônomo, daí porque o Código de Processo Civil de 1973 falava em processo cautelar (RIBEIRO, 2015, p. 95), em verdade estava a registrar o emprego da técnica cautelar, baseada sempre em um fato processual que represente risco para o eventual pronunciamento jurisdicional de tutela de direitos, representando, sua

cautelaridade, não apenas o dever de resguardo, mas como técnica processual de resposta em favor da própria efetividade do processo.

Como se vê, a tutela cautelar funciona em favor da própria tutela jurisdicional, é, portanto, técnica cautelar da tutela, tem uma atuação funcional, própria da natureza técnica, na perspectiva instrumental é tida como acessório ao processo, vez que sua única razão de existir é assegurar o próprio direito ao processo justo, visando garantir a satisfação efetiva de uma eventual tutela jurisdicional prestada mediante o processo, dito principal, pois é seu senhor e suserano, lhe empregando sempre que houver risco a frustração da satisfação efetiva dos fins processuais (RIBEIRO, 2015, p. 97).

Se processo devido é processo efetivo, há o compromisso da jurisdição de honrar a cláusula do devido processo legal (DIDIER JR., 2016, p. 100), por óbvio, é justo e necessário que a legislação processual prescreva meios de assegurar o exercício da jurisdição no tempo do processo, para, ao final, garantir que o seu resultado, além de representar o valor de justiça, irá beneficiar a parte tida como vencedora (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 27). Igualmente razoável é, mediante previsão legal, munir o órgão jurisdicional, incumbido de gerir a justiça e dirigir o processo, com o dever de cautelar os processos, mediante o emprego de técnicas cautelares sempre baseadas em um comprovado risco de ineficiência da tutela de direitos a ser prestada.

Assim, o Código de Processo Civil, malgrado tenha revogado as disposições anteriormente constantes acerca das ditas medidas cautelares típicas, sobretudo porque revogou as disposições do intitulado “processo” cautelar, menciona que as tutelas provisórias de urgência podem ser prestadas mediante técnica cautelar de emprego de medidas de arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem, fornecendo, pois, um rol meramente exemplificativo, padecendo, porém, de conceituação legal sobre as medidas previstas (RIBEIRO, 2015, p. 103).

Em que pese a lição de que a técnica cautelar esteja apoiada sempre em cognição sumária, isto é contestado por alguns processualistas, porquanto a técnica cautelar esteja predisposta a prestar proteção assecuratória de um direito submetido ao risco de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação à tutela jurisdicional, lhe tornando ineficaz, apoia-se, então, em um quadro fático-jurídico que suportam sua prolação, durando enquanto durar a necessidade inerente a sua proteção (MITIDIERO, 2013, p. 41).

Ou seja, a técnica cautelar, diversamente da técnica de antecipação que verdadeiramente se apoia em cognição sumária, somente será tomada com base em técnica de sumarização, se, porventura for prestada liminarmente (MITIDIERO, 2013, p. 41), no resto, fica regida pela cláusula “rebus sic standibus”, que marca os limites temporais de atuação e autoridade dos respectivos provimentos, dando a falsa impressão de que a tutela cautelar não é definitiva, quando, na verdade, a técnica cautelar viabiliza nada mais do que isso, a técnica cautelar visa uma prestação tão definitiva quanto é a situação fática ensejadora da própria medida cautelar.

De toda sorte, é digno inferir que a técnica cautelar da tutela é prestada indissociavelmente de uma necessidade fática posta no processo em análise, de modo que cabe ao órgão responsável pela direção do processo no sentido de prestar a possível tutela jurisdicional, tomando conhecimento do fato ensejador da medida, em virtude do poder geral de cautela, empregar a técnica cautelar para garantia da efetividade da tutela jurisdicional.

Ou seja, a prestação da tutela cautelar está de acordo com o critério diretor da efetividade processual, dotando o órgão julgador, pelo critério de preservação, do poder de cautela, que no Código de Processo Civil, se pode dizer, inclusive, do poder geral de prestar o resguardo de direitos mediante o emprego das ditas “tutelas” provisórias, sempre expressas por medidas cautelares ou antecipatórias, evidenciando, pois, que se tratam de técnicas em favor da prestação da tutela jurisdicional (RIBEIRO, 2015, p. 104).

A técnica de antecipação da tutela diz respeito a uma sorte de fatos que garantem ao órgão julgador antecipar alguns efeitos decorrentes da tutela jurisdicional pretendida, garantido assim a justiça e as finalidades do processo, equacionando, no mais das vezes, o fator tempo no processo (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 26), com o intuito de evitar que a compreensão de que o processo seja um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem (SOARES R., 2000, p. 45).

Em realidade Direito e processo integram para a promoção da segurança jurídica, sem a qual o Estado Constitucional não passa de letra morta, mas, ótimo seria que esta segurança jurídica fosse prestada com celeridade, em menor tempo, evitando a espera pelo tempo do processo, ou seja, fala-se em direito à tutela do direito, diverso do direito à segurança da tutela do direito que formula grande parte das técnicas apresentadas, sobretudo a técnica cautelar de

tutela jurisdicional, aqui, ter um direito, significa ter um posição juridicamente tutelável, isto é, digna de proteção.

Assim, o direito processual outorga a possibilidade do manejo da técnica de antecipação, que invariavelmente irá depender da conjugação de três critérios, estrutural, funcional e cronológico, sob o critério estrutural a técnica antecipatória se dá mediante a cognição sumária, portanto, conduzindo a uma decisão provisória e, também, revogável (RIBEIRO, 2015, p. 118), destinada a durar enquanto não sobrevém o provimento final, estabelecendo uma relação de identidade, total ou parcial, com o provimento final (MITIDIÉRO, 2013, p. 55-59).

A técnica de sumarização empregada na antecipação necessariamente se aprofunda e se exaure dentro do mesmo procedimento, sendo que a sumarização da cognição ocorre por valoração do órgão jurisdicional, conforme o caso concreto, diante da verificação dos pressupostos legais que autorizem o emprego da técnica antecipatória, por isto, autorizado se dizer de um poder geral de antecipação (MELO, 2010, p. 64), que permite ao órgão jurisdicional promover uma adequação do procedimento às particularidades evidenciadas e às necessidades conscritas aos limites do direito material (MITIDIÉRO, 2013, p. 60).

Atualmente o Código de Processo Civil, prevê três situações de emprego da tutela antecipada propriamente dita, não devendo esquecer que, apesar de haver previsão no texto do diploma processual da concessão da dita “tutela cautelar”, esta não pode ser confundida com a técnica de antecipação, vez que o fato que lhe permite atuar são outros diversos daqueles que ensejam o emprego da técnica antecipatória, por isto, neste trabalho, se identifica apenas três fatos que evocam a técnica antecipatória.

Contudo, é preciso abrir um breve parentese para registrar a lição de Dinamarco (2014, p. 283), que chama a atenção para evitar-se o emprego da tutela antecipatória, o que é antecipatória é a técnica, a tutela em verdade é prestada antecipadamente, por isso, se diz tutela antecipada, que pode ser prestada mediante o emprego de medidas previstas na técnica antecipatória, dentre elas a liminar, que não necessariamente, se presta exclusivamente a atender a técnica antecipatória.

Isto porque a medida liminar é técnica que diz respeito ao momento em que é proferida determinada decisão e não propriamente ao seu conteúdo ou ao meio de obtenção

(SOARES R., 2000, p. 155), isto é, se determinado fato que suscita os préstimos da cognição sumária do juízo, ou mesmo a cognição exauriente, lhe informa e a partir disto permite formular um determinado juízo de convicção, certo é, que se isto ocorrer em momento preliminar do procedimento, nada impede que determine a respectiva medida “in limine litis”, isto é, no início do procedimento, sem que tenha havido a citação da contraparte e a franquia do direito de defesa (DIDIER JR., 2016, p. 592), que permanece intacto, fixado no mesmo momento, mas antecedido de uma medida liminar.

Porém, convém lembrar que o direito de defesa e a garantia do contraditório não foi, por isso, relativizada no vigente Código de Processo Civil, sendo reforçada, inclusive, a partir da edição do art. 9º, onde se estabelece que não se poderá proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (DIDIER JR., 2016, p. 593), excetuando, entretanto, nos casos taxativos de tutela de direito material prestada mediante técnica de antecipação em razão da urgência, em razão da evidência robusta o bastante para autorizar a medida antes do réu ser ouvido ou no caso do procedimento especial empregado na técnica monitoria (BODART, 2015, p. 91).

De modo geral, a técnica antecipatória prestada a tutela jurisdicional fundada em urgência requer, como pressupostos fáticos de seu manejo a presença indistinta de dois fatos, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, podendo ser concedida liminarmente, ou em caráter antecedente, preparatório a própria ação, posteriormente ajuizada ou como incidente contido na própria ação (RIBEIRO, 2015, p. 230). Contudo, não se pode confundir urgência com a malsinada pressa, o conceito de urgência, do ponto de vista jurídico, está associado ao conceito de prejuízo, de dano ou noutras palavras ao “periculum in mora” (RIBEIRO, 2015, p. 195).

O periculum in mora”, traduzido livremente como perigo na demora, é o risco de perecimento de direitos por ação do efeito corrosivo do tempo (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 250), não sendo por isto confundido com a pressa, representada pelo estado volitivo do ser, que deseja um resultado rápido da jurisdição, pois, embora o processo deva ter um acatamento com a ideia de efetividade, produzindo efeitos em conformidade com o tempo, no sentido de garantir a tempestividade da tutela jurisdicional, esta atuação urgente do processo somente estará de acordo, se os fatos do caso cobrarem a prestação da técnica antecipatória (RIBEIRO, 2015, p. 195).

Como se vê, quando se exige o “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo”, está se falando de sinônimos que inequivocamente são resumidos pelo conceito do “periculum in mora” (RIBEIRO, 2015, p. 202), ao lado de outro termo latino o “fumus boni iuris”, a fumaça do bom direito, expressa a possibilidade de existência do direito alegado pelo autor (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 241), percebida superficialmente, logo, por via de cognição sumária, bastando a mera plausibilidade do direito e verossimilhança dos fatos evidenciados no caso.

Por fim, pode-se dizer que a técnica antecipatória guarda profunda semelhança com a técnica cautelar, não obstante as diferenças de empregos e meios distintos, enquanto a técnica cautelar é instrumental apoiada em cognição exauriente buscando a conservação do estado-fático evidenciado no processo, a técnica antecipatória em caráter de urgência, permite a satisfação antes do pronunciamento com aptidão definitiva a partir de uma cognição sumária, portanto, tem natureza satisfativa, preservando, sem embargo a fungibilidade em atenção a semelhança que existe entre as técnicas (RIBEIRO, 2015, p. 167).

A fungibilidade entre as técnicas cautelares de tutela e a técnica antecipatórias de tutela é resultado do reconhecimento de suas semelhanças, basta ver que os requisitos legais para seu manejo, sendo os mesmos, ou seja, há que se reconhecer a existência de uma zona cinzenta entre as referidas técnicas (RIBEIRO, 2015, p. 167), há intertrocabilidade plena, por isto é inconcebível, mormente na atual quadra histórica de maturação da ciência processual que, por simples nomeação equivocada da técnica postulada, seja a pretensão indeferida, malfadando a prestação jurisdicional (MITIDIERO, 2013, p. 163).

No caso, do atual diploma processual, a regra foi mantida, pois, muito embora tenha evidenciado as semelhanças entre as duas técnicas, diminuindo os entraves práticos da aplicação de ambas, institui processamento sob regime diverso (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 27), sendo, por isso, necessário prever a regra quanto a fungibilidade para prestígio da efetividade da tutela jurisdicional (RIBEIRO, 2015, p. 167).

A necessidade de tutela adequada aos direitos impõe ao legislador infraconstitucional não só o dever de viabilizar a técnica antecipatória nos casos de urgência, mas, por coêrencia, quando a tutela jurisdicional se funda na evidência do direito postulado, não havendo razão que justifique qualquer retardo na apresentação antecipada de meios satisfatórios do direito (MITIDIERO, 2013, p. 133).

Aliás, o manejo da técnica antecipatória em razão da evidência do direito alegado não é novidade introduzida a partir do vigente Código de Processo Civil, a medida liminar possessória prevista no art. 928 do Código de Processo Civil de 1973 é exemplo que bem ilustra este fato, contudo, a distribuição do tempo do processo não foi preocupação do legislador na confecção do revogado diploma processual, cabendo ao autor suportar o peso do tempo para a prestação do pronunciamento jurisdicional (BODART, 2015, p. 107).

Mitidiero (2013, p. 133) registra a presença da técnica antecipatória fundada na evidência em relação as demais legislações existentes:

Poucas legislações, no entanto, preveem a técnica antecipatória fundada na simples evidência. Dentre elas, sem dúvida se destacam o Code de Procédure Civile francês, com a possibilidade do référé provision, e o nosso Código de Processo Civil [de 1973], com a previsão da tutela antecipatória à vista de defesa inconsistente (art. 273, II, “abuso de direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”).

Em contraste, a atual necessidade pátria exige um nova concepção processual, mais agil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar, de forma célere, sensível e efetiva os desafios sociais, esperando da Justiça um papel de protagonista na aplicação do instrumento processual, especialmente porque é possível conjecturar uma ampla gama de situações em que o direito do demandante se revela evidente ao julgador, incorrendo em contradição, se fosse imposto a este pleiteante percorrer todo o caminho processual, sujeito a sorte de adversidades, frustrando o tempestivo acesso à justiça (BODART, 2015, p. 109).

Conforme diz Bodart (2015, p. 112) encampa a técnica antecipatória fundada na evidência do direito pleiteado em vias de promover uma facilitação dos préstimos da tutela de direitos amparados por alto grau de verossimilhança, onde a prova dos fatos, revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação, como a própria denominação refere-se, evidencia, do francês, “évidence”, do inglês, “evidence”, toca nos limites da prova, sendo maior a medida em que dispõe o seu titular de elementos de persuasão.

Com efeito, as hipóteses de emprego da técnica antecipatória fundada na evidência ocorrem quando: ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; baseada em orientação jurisprudencial consolidada; quando se tratar de negócio de depósito visando a prestação da restituição de coisa depositada; quando baseada em prova documental (BODART, 2015). Restando, por fim, a controversia em relação se no

caso de direito incontroverso, haveria o emprego da técnica antecipatória fundada em evidência (MITIDIERO, 2013, p. 133).

Certamente, o pedido pode tornar-se incontroverso pelo reconhecimento expresso de sua procedência ou por não ter o réu se desincumbido do ônus de impugnar especificadamente as alegações do autor (BODART, 2015, p. 121), permitindo-se que se presumam verdadeiras suas alegações, deste modo, não faz sentido, vez que a legislação dispensa de prova as alegações incontroversas, embora a incontrovérsia não tenha qualquer relação com a verdade (MITIDIERO, 2013, p. 136), obrigar o titular de direito incontroverso que aguarde a tramitação processual para receber a prestação jurisdicional, em observância ao direito constitucional da razoável duração do processo.

Em verdade, a técnica empregada ao direito incontroverso não se trata de técnica antecipatória fundada em evidência, mas de técnica de julgamento antecipado, ainda que seja de parcela de direito (CONCEIÇÃO, 2016, p. 270), quando por exemplo, o autor postula a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, onde o réu, inobstante conteste o último, reconhece o primeiro (BODART, 2015, p. 121), em ambos os casos, incontrovérsia plena ou parcial, havendo cumulação própria e simples, há cognição exauriente conduzindo para uma decisão plena e com aptidão de fazer coisa julgada material (MITIDIERO, 2013, p. 137).

No caso da técnica antecipatória fundada em evidência quando fica caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, a referida hipótese não deve ser vista como técnica sancionatória (LOPES B., 2006, p. 50), mas sim como legítima técnica antecipatória, dado que tem lugar para, novamente, equacionar o ônus do tempo, impedindo, vez que o tempo é fonte potencial de danos à direitos, que em virtude da atitude desleal do demandado, o demandante continue a suportar o ônus do tempo (MITIDIERO, 2013, p. 134).

Com caracterização da inconsistência da defesa, nas hipóteses de abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório, fatos processuais que, se evidenciados perante a cognição jurisdicional associado a probabilidade do direito pleiteado, anima esta para que preste mediante a técnica antecipatória a tutela jurisdicional provisória de direito, sem com isso “sancionar” propriamente a parte desleal, haja vista a existência de técnicas sancionatórias próprias, como por exemplo, a sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilização por dano processual (MITIDIERO, 2013, p. 134).

A caracterização dos fatos ensejadores da técnica antecipatória de evidência, em relação a defesa inconsistente, depende da conceituação do abuso do direito de defesa, compreendido como a utilização abusiva, desvirtuada de sua finalidade, das prerrogativas processuais para o regular exercício do direito de defesa, seja substancialmente ou formalmente, prescinde do intuito protelatório do demandado (LOPES B., 2006, p. 118), bastando a defesa manifestamente infundada para ocorrência do abuso do direito de defesa, podendo ser verificada, objetivamente, no exemplo de defesa contrária à jurisprudência consolidada dos tribunais, devendo, no mais, ser verificada casuisticamente e conforme as orientações dos precedentes pelo órgão judicante (LOPES B., 2006, p. 120).

Por sua vez, o manifesto propósito protelatório do réu, espécies do gênero defesa inconsistente, diz respeito a atos do demandado não convertidos em atos processuais, ou seja, praticados fora do processo, tanto por uma ação como por uma conduta omissiva, que ocorre, por exemplo, no caso de injustificadamente não serem atendidas sucessíveis ordens judiciais relevantes ao desfecho do processo, devendo, o caso concreto permitir a constatação do manifesto propósito, cabendo, então, dizer que há a necessidade de forte evidência, mesmo em relação a postura extraprocessual de protelar a satisfação de um direito claramente existente (LOPES B., 2006, p. 125).

Seguindo a previsão do vigente Código de Processo Civil, a técnica antecipatória de evidência também pode ser prestada quando as alegações de fato puderem ser comprovadas mediante prova documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou havendo súmula vinculante acerca do direito postulado, apesar de não se tratar de prestação definitiva, por isso não se deve confundir com a improcedência liminar do pedido, mais uma representante da técnica de julgamento conforme o estado do processo (BODART, 2015).

No caso da técnica antecipatória de evidência em favor do depositante, o emprego de tal expediente tem previsão em substituição ao procedimento da dita “ação de depósito”, prevista no arts. 901 a 906 do Código de Processo Civil revogado, uma vez que a petição inicial que pleiteia a utilização da referida técnica está calcada não somente com prova do depósito, mas também com documentos comprobatórios da mora, afigura-se desproporcional impor-lhe a curso dos atos de citação e resposta do réu para só depois fruir do direito cuja existência já está evidentemente provada de sua grande probabilidade de existência (BODART, 2015).

Por fim, a última hipótese prevista para o emprego da evidência reside na possibilidade de a petição inicial ser instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor e que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, cobrando, pois, nada mais do que a prova segura e confiável do fato constitutivo do direito do autor, o réu, por sua vez, terá a oportunidade de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, porém, a prova capaz de gerar dúvida razoável em favor do réu deve se tratar, igualmente, de prova documental, prova pré-constituída, do contrário, contando o réu com a fase instrutória, há possibilidade de emprego da técnica de antecipação fundada em evidência, sob pena de não conseguir conferir celeridade à prestação jurisdicional (BODART, 2015).

Contudo, é apurado lembrar que segundo a previsão expressa do Código de Processo Civil vigente, apenas as hipóteses de uso liminar da técnica de antecipação fundada em evidência, quando diante de orientação jurisprudencial consolidada e em favor do depositante, fora isto, a técnica de antecipação irá ter lugar depois de oferecida a resposta do réu, provavelmente na fase ordinatória do processo (BODART, 2015).

Com efeito, a técnica antecipatória somente será autorizada, em todos os casos, quando os efeitos decorrentes da tutela de direitos puderem ser antecipados mediante uma tutela jurisdicional precária, isto é, provisória, sendo, pois, condição de seu deferimento a possibilidade a qualquer tempo, de sofrer, revogação ou modificação em seus efeitos, do contrário, em razão do direito de defesa, deverá ser ponderado os direitos em conflito no sentido de verificar a viabilidade da técnica antecipatória (MITIDIERO, 2013, p. 125), respondendo, objetivamente, o beneficiário da técnica antecipatória pelos danos causados a parte adversa, quando não confirmada as razões de direito que permitiram o emprego da técnica antecipada (RIBEIRO, 2015, p. 237).

Para fins de questões ambientais ganham destaque as tutelas de urgência, as quais dividem-se em: tutela provisória de urgência antecipada e tutela provisória de urgência cautelar.

Segundo Lupetti (2016) “as tutelas as tutelas provisórias antecipadas, asseguram a efetividade do direito material; as cautelares, do direito processual”.

Nas tutelas antecipadas, eu preciso demonstrar para o juiz que, além da urgência, o meu direito material estará em risco se eu não obtiver a concessão da medida. Já nas cautelares, eu preciso demonstrar, além da emergência, que a efetividade de um futuro processo estará em risco se eu não obtiver a medida de imediato. Nas tutelas

antecipadas, se eu obtiver a concessão da medida, eu não precisarei de mais nada, além de sua mera confirmação, porque, em si, a tutela antecipada já me satisfaz (e garante o meu direito material) (LUPETTI, 2016).

Observa-se que a distinção existente entre as tutelas provisórias antecipadas e cautelares reside no fato de que possuem funções distintas, a primeira inclina-se à proteção do direito material e a outra ao processual.

Assim diz Ribeiro (2015, p. 96-97):

O Código de Processo Civil de 2015 acertadamente reconheceu isso e extinguiu a autonomia do processo cautelar. Convém frisar: o novo Código de Processo Civil não prevê um processo cautelar autônomo e prevê que a tutela cautelar poderá ser deferida, uma vez preenchidos os requisitos, antes ou no curso do (único) processo. Não se cogita mais dois processos: um cautelar e outro principal; a tutela será sempre considerada no processo dito 'principal', seja na forma antecedente ou incidental.

Trata-se de importante evolução, ao passo que o Novo CPC suprimiu a necessidade de a tutela cautelar desenvolver-se de forma autônoma. Desta feita, resta cristalino que a tutela ora analisada permite ao juiz atuar com liberdade, de forma a evitar lesão grave ou de difícil reparação a quem tenha direito e recorra deste instrumento acautelatório.

Na seara ambiental, é cristalino que os provimentos de urgência possuem relevância inegável, pois, como bem lembra Mateo (1998, p.54) “em muitos campos a prevenção à incidência de riscos é superior ao remédio. No do ambiente, esta estratégia é clara, já que danos perpetrados ao meio podem ter sequelas graves e às vezes irreversíveis, caso por exemplo da contaminação atmosférica mundial”.

Na grande maioria dos casos o dano ambiental, gera consequências difíceis quando não impossíveis de reparação, imaginemos a poluição do Rio Negro, ou ainda uma queimada de grandes proporções da floresta amazônica. Tais exemplos nos permitem visualizar, com mais clareza, a importância da tutela jurisdicional de urgência em matéria de meio ambiente, ao passo que estas se projetam no sentido de evitar que a conduta danosa se consuma, ou, no sentido de minimizar seus efeitos.

Observamos que o Novo Código de Processo Civil traz novas e boas perspectivas para a condução das questões ambientais, especialmente por simplificar os procedimentos existentes, permitindo uma atuação jurisdicional mais célere, justamente o que é necessário para repelir o dano ambiental.

CONCLUSÃO

As pesquisas desenvolvidas no decorrer da presente dissertação evidenciam que o direito surge como instrumento hábil a regular a vida em sociedade, sobretudo porque as relações intersubjetivas sociais são focos de tensões que, no mais das vezes, tendem a contribuir pouco para as necessidades humanas.

Ao planificar as condutas socialmente aceitáveis, o direito legitima o exercício do poder estatal em suas mais diversas facetas, seja sob o viés econômico, seja sob a perspectiva de manutenção da ordem e da paz social, seja para manutenção da sobrevivência, em todos os aspectos o direito está presente.

O primeiro capítulo da dissertação denota que o modo de agir em sociedade não se restringe à ação homem/homem, mas deste com o seu entorno, com o seu habitat. A posição do homem como o centro do universo, a mudança das relações sociais, do modo de produção e o estímulo ao consumo são fatores que geram enormes impactos ambientais, os quais fizeram com que o tema ambiental passasse a ser ponto fulcral para o direito e, conseqüentemente para as relações sociais.

Mais que a ampliação dos debates acerca das questões ambientais, mais que o reconhecimento do direito universal ao meio ambiente sadio, era necessário que existissem instrumentos capazes de efetivá-los, de torná-los tangíveis.

Por tal razão, foi que nos debruçamos sobre o estudo dos instrumentos jurídicos adequados para garantir a proteção e preservação das riquezas ambientais, que vão além do âmbito ecológico, abrangendo também o patrimônio histórico, cultural, igualmente exposto a riscos incalculáveis. Isto porque, é imprescindível assimilar que a vida humana está em constante exposição a riscos, até pela própria sensibilidade fisiológica do conceito de vida humana.

Assim, verificou-se que o Direito deve ater-se não apenas ao estabelecimento de balizas adequadas para a conduta produtora de riqueza dentro de limites que asseguram a integridade do meio ambiente, mas também deve cuidar de afastar o perigo de danificar o meio ambiente, daí a importância do Direito Ambiental propriamente dito.

Conforme amplamente discutido nos capítulos 2 e 3 do presente estudo a formulação dos direitos fundamentais a partir de sua matriz constitucional foi um movimento político-jurídico que contribuiu para conceber o direito processual a partir de normas de envergadura constitucional, ao passo que foi o Estado Democrático de Direito, erigido constitucionalmente, teve atuação precisa e relevante para a ciência do direito processual.

Consoante estudado no decorrer da presente pesquisa, a Carta Magna de 88 foi um marco para o Estado brasileiro, justamente por trazer em seu bojo vasto elenco de direitos fundamentais, os quais repercutiram, inclusive, no próprio processo, fato evidenciado nas garantias constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, as quais, além de terem marcado os pilares do Estado de Direito, relegaram ao Judiciário o compromisso de prestar uma Justiça tempestiva e adequada.

Válido ressaltar, neste ponto, que as conclusões extraídas foram no sentido de que o Estado Democrático de Direito passou a se interessar por uma série de direitos, que não, apenas aqueles provenientes da necessidade libertária da sociedade. Agora, mais que a liberdade, a segurança e a solidariedade são valores prezados nas relações sociais, assim, a necessidade de o Estado prover a tutela efetiva não apenas ao indivíduo mas a toda a coletividade social passa a ocupar o objeto de preocupação do jurista contemporâneo.

A pesquisa aqui desenvolvida demonstra que a atividade legislativa, acompanhando a necessidade social manifesta na Carta Fundamental passa a produzir diplomas no sentido de atender a demanda por garantias sociais e coletivas mais amplas, passa-se a tutelar a relação de consumo de forma específica, não mais segundo a visão civilista, mas a partir de um diploma próprio, o Código de Defesa do Consumidor, o qual, inaugurou grandes modificações processuais, evidenciando, então, a necessidade do processo servir de suporte para a efetivação de direitos, principalmente dos direitos novos que passam a ser reconhecidos.

Neste diapasão insere-se a tutela jurisdicional, amplamente discutida no segundo e terceiro capítulos da presente dissertação, e que em linhas gerais, projeta-se com o fim de dar guarida à cada direito violado ou ameaçado de lesão, em outras palavras, a tutela jurisdicional, para ser adequada, precisa estar apta a proteger o direito subjetivo lesado.

De acordo com o que foi abordado no quarto capítulo, restou claro que o novo código de processo civil surge com o fim diverso daquele que se propõe a promover uma ruptura

drástica com os paradigmas do passado e fazer um código irrestritamente inovador, ao passo que seu intento é, antes de tudo, proporcionar maior equilíbrio entre conservação e inovação, tornar o sistema de normas jurídicas mais coeso, mais compreensível e mais prático à vida diária dos juristas e jurisdicionados.

No que se refere ao direito ao meio ambiente hígido, verificou-se que não foi diferente, sendo este compreendido processualmente como um direito fundamental titularizado indistintamente por qualquer indivíduo, recebe, a partir do Código de Processo Civil editado em 2015, a resposta consolidada de todos os movimentos sociais que influíram na atividade legislativa, resultando, pois, em um importante instrumento de defesa do meio ambiente, especialmente porque, enquanto direito fundamental inviolável, a forma de tutelar este relevante direito primordialmente ocorrerá preventivamente, sendo a tutela de urgencial o principal instrumento processual previsto no vigente Código de Processo Civil à disposição do meio ambiente.

É em razão destas alterações, motivadas pela crescente necessidade da sociedade de massas e também pelo papel protagonista da prestação jurisdicional na apresentação de soluções dos conflitos, orientando os litigantes no sentido de preservar uma ordem jurídica justa, reconhecidamente um dos objetivos consagrados pela Carta Cidadã de 1988, as técnicas processuais passaram a ser mais dinâmicas, o formalismo processual não mais se justificaria.

Com efeito, o processo jurisdicional civil está apoiado na premissa do direito fundamental a tutela efetiva, e por meio de suas técnicas, garante ao órgão estatal investido de jurisdição, condições de emprego adequado das técnicas processuais previstas, na busca de uma solução que tutele efetivamente o direito ameaçado ou lesionado.

Por fim, nossa esperança é de que o Judiciário esteja disposto a adotar as inovações trazidas pelo vigente Código de Processo Civil no sentido de aprimorar a prestação da tutela jurisdicional em favor do meio ambiente, cumprindo, desse modo, o objetivo constitucional de assegurar o desenvolvimento social do Brasil.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. São Paulo, Jurídica Brasileira, 1999.

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. Tutela civil do meio ambiente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2006.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Noção Geral sobre o Processo das Ações Coletivas**. Disponível em < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo4.htm> > Acesso em 18 Jul. 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ASSIS, Araken de . **Sentença Executiva, Sentença Condenatória e Execução Incidental: Diferença segundo a classificação pela força e efeitos**. In: E. J. Costa, L. E. Mourão, & P. H. Nogueira, *Teoria Quinária da Ação* (pp. 51- 64). Salvador: Jus Podivum, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros 2014.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. et al. **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torna das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. **A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, [] v.10 [] n.19 [] p.45-88 [] Janeiro/Junho de 2013. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_responsabilidade_civil_por_danos_ambientais_no_direito_brasileiro_e_comparado.pdf> Acesso em 1 Ago.2016.

_____. **Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental**. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009.

BESSA, Paulo Antunes. **Direito ambiental**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia de Promessas**. 18. ed. Tradução João Ferreira de Almeida. São Paulo: King's Cross Publicações, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Liebman.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> > Acesso em 14 Jun. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. Pleno do STJ define que o novo CPC entra em vigor no dia 18 de março. Notícia publicada em 02/03/2016 20:07. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-mar%C3%A7o. Acesso em 20 Jun. 2016.

CABRAL, Anya. O Nascimento do Estado e sua relação com o território. **Revista de Ciência Política**. Disponível em < http://www.achegas.net/numero/47/anya_cabral_47.pdf > Acesso em: 19 out. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Cem novidades do novo Código de Processo Civil. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242901/000923137.pdf?sequence=1> > Acesso em 18 Jun. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. Ed. Ática, São Paulo, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Teoria geral do tributo da interpretação e da exoneração tributária**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Liminares e Depósitos antes do Lançamento por Homologação: Decadência e Prescrição**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

COKE, E. **The Second Part of the Institutes of the law of England**. Londres: E. and R. Brooke, 1797.

CONCEIÇÃO, M. L. **Do procedimento comum/da propositura ao saneamento**. In: L. R. Wambier, & T. A. Wambier, *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Provas**. In: L. R. Wambier, & T. A. Wambier, *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** (8ª ed.). Salvador: JusPodivm, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Saraiva: São Paulo: Saraiva, 1998. Disponível em:
<file:///C:/Users/Jur%C3%ADico/Downloads/Elementos%20da%20Teoria%20Geral%20do%20Estado%20-%20Dalmo%20Abreu%20Dallari.pdf> Acesso em: 12 dez. 2015.

DALLE, Ulisses Moura. **Técnica Processual e Imparcialidade do Juiz**. In: R. B. Dias, & C. H. Soares, *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, (2015).

DICIONÁRIO VIRTUAL. Estamento. Disponível em:
<<http://dicionarioportugues.org/pt/estamento>> Acesso em: 25 nov. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v.01.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v.01.

_____. **Razões para um novo CPC**. Confiteor. Publicado em 04.09.2012..Disponível em < <http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/>> Acesso em 14 Jun. 2016

_____. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; de OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v.2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Vocabulário do processo civil**. 2. ed. São Paulo Malheiros, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FACIO, Wilson José Girardi; GODOY, Sandro Marco. **Uma evolução histórica do Direito Ambiental e a Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3321/3073>> Acesso em: 19 jan. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, . 2012.

FERREIRA, Micheli da Silva. **Contaminação mercurial em pescado capturado na lagoa Rodrigo de Freitas**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal Fluminense, 2006. Disponível em <http://www.uff.br/higiene_veterinaria/teses/micheli_mestrado_completa.pdf> Acesso em: 20 jan. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONSECA, Carlos Simões. **Sincretismo processual e acesso à justiça**. São Paulo: LTr, 2009.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FRIEDE, Reis. **O Estado e o Direito**. Centro de Pesquisas estratégicas Paulino Soares de Sousa. Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em:
<<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/EstadoeDireito.pdf>> Acesso em: 18 dez. 2015.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico**: Explicitação das Normas da ABNT. 16. ed. Porto Alegre: Dáctilus Plus, 2012.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Tutela específica das obrigações de fazer**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GERENT, Juliana, **Breve análise jurídica da natureza bifronte do dano ambiental**.

Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, 01 out.2010. Disponível em
<<http://www.processoscoletivos.net/index.php/22-volume-1-numero-5-trimestre-01-10-2010-a-31-12-2010/110-breve-analise-juridica-da-natureza-bifronte-do-dano-ambiental>>. Acesso em 28 Jul. 2016.

GHEDINI NETO, Armando. **Técnica Estrutural dos Atos Jurisdicionais Decisórios**. In: R. B. Dias, & C. H. Soares, *Técnica Processual* (pp. 255-281). Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. **A eficácia das tutelas mandamentais e executivas segundo a Teoria da Ação**. Em E. J. Costa, L. E. Mourão, & P. H. Nogueira, *Teoria Quinária da Ação* (p. 552). Salvador: Jus Podivm, 2010.

GONÇALVES, Júlio César. Homem-natureza: uma relação conflitante ao longo da história. **Revista Multidisciplinar da UNIESP - Saber Acadêmico - n ° 06 - Dez. 2008/ ISSN 1980-5950**. Disponível em <<http://www.uniesp.edu.br/revista/revista6/pdf/17.pdf>> Acesso em: 18 dez. 2015.

GONÇALVES, Marcos Vinícius. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**:(a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Traduzido por João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KI-ZERBO, Joseph. **História Geral da África I: Metodologia e Pré-história da África**, 2. ed. Brasília: UNESCO, 2010.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

- LEAL, Rosemiro Pereira. **Da Técnica Procedimental à Ciência Processual Contemporânea**. Em R. B. Dias, & C. H. Soares, *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014.
- LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LEVENE, Lesley. **Penso, logo existo: Tudo o que você precisa saber sobre Filosofia**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.
- LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do Estado pela descontinuação de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela Antecipada Sancionatória**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LOPES, João Batista. **Ação Declaratória**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005.
- LUPETTI, Bárbara. **Como diferenciar as tutelas de urgência e da evidência no novo CPC**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-03/barbara-lupetti-tutelas-urgencia-evidencia-cpc> > Acesso em 20 Jul. 2016
- LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira. **Meio Ambiente, Inovação e Competitividade na Indústria Brasileira: a cadeia produtiva do petróleo**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro –UFRJ. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/conjuntura/Gema/Gema_Teses/meio_ambiente_inovacao_e_competitividade_na_industria_brasileira_a_cadeia_proutiva_do_petroleo.pdf >. Acesso em: 19 jan. 2016.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 15. ed. atualizada. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARIN Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Processo ambiental, efetividade e as tutelas de urgência. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.7, n.13/14, p.311-330, Janeiro/Dezembro de 2010.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª Ed. Niteói: Impetus, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati; MOREIRA Glauco Roberto Marques. **Comentários críticos à exposição de motivos do novo código de processo civil (CPC):** notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos. Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/z6072K44AgwUc835.pdf>> Acesso em 15 Julho de 2016.

MARTINS, Marcos Lobato. **História e meio ambiente**. São Paulo: Annablume; Faculdades Pedro Leopoldo, 2007.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. Segunda edición. Madrid: 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado:** com remissão e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos atuais da Tutela Antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman, v.52.).

MILARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Edis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26839-26841-1-PB.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações:** ação, classificação e eficácia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Tomo I.

_____. **Tratado da ação rescisória:** das sentenças e de outras decisões. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. et al. **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

MURITIBA, Sérgio. **Ação executiva lato sensu e ação mandamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução do Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman, v.21).

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. **O homem e a norma**. Revista Destarte, Vitória, v.2, n.1, p.29-56, 1. sem. 2003.

OLIVEIRA, Luiz. **O Poder Judiciário e a Sociedade**. Disponível em <<http://tiolu1000.jusbrasil.com.br/artigos/178721023/o-poder-judiciario-e-a-sociedade>> Acesso em 18 dez. 2015.

OLIVEIRA, Pêrsio Santos de. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Ática, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman, v.44).

PEQUENO, Marcos Antônio Pimentel. **Entre biocentrismo e antropocentrismo: uma ecologia democrática para o enfrentamento da questão ambiental**. Tese de Doutorado. UFPB, UFPE, UFRN: João Pessoa, 2014. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/5664/1/arquivototal.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2016.

PEREIRA, Luciana Vianna. **Responsabilidade civil ambiental nexa de causalidade entre dano e conduta deve ser demonstrado.** Disponível em <

<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/61/responsabilidade-civil-ambiental-nexo-de-causalidade-entre-dano-e-218899-1.asp>> acesso em 25 Jul. 2016.

PEREIRA, Osny Duarte apud ANTUNES, Paulo de Bessa. **Comentários ao Novo Código Florestal.** São Paulo: Atlas. 2013.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lirio. **A classificação das Ações de Pontes de Miranda e a Eficácia Preponderante da Decisão de Inconstitucionalidade.** In: E. J. Costa, L. E. Mourão, & P. H. Nogueira, *Teoria Quinária da Ação* (pp. 509-520). Salvador: Jus Podivm, 2010.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **Análise Histórica da Teoria Quinária.** In: E. J. Costa, L. E. Mourão, & P. H. Nogueira, *Teoria Quinária da Ação* (pp. 19-50). Salvador: Jus Podivm, 2010.

PINTO, CRISTIANO PAIXÃO ARAÚJO. **Direito e sociedade no oriente antigo:**

Mesopotâmia e Egito. In: Fundamentos de história de direito. Antônio Carlos Wolkmer (org). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em:

<<file:///C:/Users/Jur%C3%ADico/Downloads/Fundamentos%20de%20Historia%20do%20Direito%20-%20Antonio%20Carlos%20Wolkmer.pdf>> Acesso em: 19 out. 2015.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em Face do Dano Ambiental.** São Paulo: Malheiros, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1995.

REZENDE, Elcio Nacur. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente urbano no direito constitucional, administrativo, civil e ambiental uma análise crítico-constructiva em prol de uma perquirição do degradador e de sua imputação.** In: Edson Ricardo Saleme; Flavia Piva Almeida Leite; Daniel Gaio. (Org.). 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 498-521. Disponível em <
<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/mq42p84j/XB2T824eFcx1X863.pdf>>
Acesso em 18 Jul. 2016.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória:** tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman).

ROLLA, Fagner Guilherme. **Ética ambiental:** principais perspectivas teóricas e a relação homem-natureza. Disponível em: <

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fagner_rolla.pdf > Acesso em: 20 jan. 2016.

SANT'ANNA, Paulo Afonso. **Ensaio Sobre as Sentenças Condenatórias, Executivas e Mandamentais**. Em E. J. Costa, L. E. Mourão, & P. H. Nogueira, *Teoria Quinária da Ação* (pp. 455-508). Salvador: Jus Podivm, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Aida Maria Monteiro; TIRIBA, Léa. **Direito ao ambiente como direito à vida**: desafios para a educação em direitos humanos. São Paulo: Cortez, 2015.

SILVA, Danielle Aita da. **Ambiente e educação ambiental: rumo ao desenvolvimento sustentável**. Dissertação. Mestrado em Desenvolvimento, área de concentração: Direito, Cidadania e Desenvolvimento, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, 2006. Disponível em:
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009338.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2016.

SILVA, Flavia Martins da; LACERDA, Paulo Sérgio Bergo de; JONES JUNIOR, Joel. **Desenvolvimento sustentável e química verde**. Quím. Nova, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 103-110, fev. 2005. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010040422005000100019&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S010040422005000100019>.

SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

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

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde direito**: o direito fundamental ao ambiente. In: *Direito ambiental comparado*. Arlindo Daibert (org). Belo Horizonte: Forum, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**: emergências, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Raquel de. **O Direito Grego Antigo**. In: Fundamentos de história de direito. Antônio Carlos Wolkmer (org). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/Jur%C3%ADico/Downloads/Fundamentos%20de%20Historia%20do%20Direito%20-%20Antonio%20Carlos%20Wolkmer.pdf> Acesso em: 25 out. 2015.

SOUZA, Rosimeri Melo e. **Redes de monitoramento socioambiental e tramadas da sustentabilidade**. São Paulo: Annablume: Geoplan, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman, v.49).

SPAREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes; SILVA, Danielle Aita. A relação homem, meio ambiente, desenvolvimento e o papel do direito ambiental. **Revista Veredas do Direito**. vol 2, nº4, p. 81-99. Belo Horizonte, Julho a Dezembro de 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/danielle/Downloads/103-367-1-PB.pdf> Acesso em: 19 nov. 2015.

SUPERTI, Eliane. **Da incorporação do Proletariado do Direito do trabalho**: um estudo sobre o projeto positivista de organização das relações de trabalho no Brasil. São Carlos: UFSCar, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitoria**: a ação monitoria – Lei 9.079/95. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman; v.37).

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As sentenças determinativas e a classificação das ações**. In: E. J. Costa, L. E. Mourão, & P. H. Nogueira, *Teoria Quinária da Ação* (p. 319). Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. **Processo Coletivo e Outros temas de Direito Processual**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente**: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.9. (Coleção temas atuais de direito processual civil).

TOMAZI, Nelson Dacio. **Iniciação à Sociologia**. São Paulo: Atual, 2000.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

THIBAU, Vinícius Lott. **Teoria do Processo Democrático e Técnica Probatória**. In: R. B. Dias, & C. H. Soares, *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TORRE, MBL Della. **O homem e a sociedade**: uma introdução à sociologia. São Paulo: Nacional, 1989.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: Fundamentos de história de direito. Antônio Carlos Wolkmer (org). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em:
<file:///C:/Users/Jur%C3%ADdico/Downloads/Fundamentos%20de%20Historia%20do%20Direito%20-%20Antonio%20Carlos%20Wolkmer.pdf> Acesso em: 09 nov. 2015.

VERSIANI, Nelmo. **A jurisdição romana**. Jus Navigandi, 2015. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/44904/a-jurisdicao-romana/2>> Acesso em: 18 dez. 2015.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Coleção Liebman.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O direito nas sociedades primitivas**. In: Fundamentos de história de direito. Antônio Carlos Wolkmer (org). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em:
<file:///C:/Users/Jur%C3%ADdico/Downloads/Fundamentos%20de%20Historia%20do%20Direito%20-%20Antonio%20Carlos%20Wolkmer.pdf> Acesso em: 19 out. 2015.

ZÁQUERA, Marília De Fátima Bueno. **Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: a tutela jurisdicional do meio ambiente**. In: Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. 3ª Ed. Bahia: Juspodvm, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman, v.42).