

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

MÁRCIO DE ABREU MORENO

**TUTELA DE URGÊNCIA NOS RECURSOS ESPECIAL
E EXTRAORDINÁRIO NA PERSPECTIVA
DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Porto Alegre

2011

MÁRCIO DE ABREU MORENO

**TUTELA DE URGÊNCIA NOS RECURSOS ESPECIAL
E EXTRAORDIÁRIO NA PERSPECTIVA
DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral da jurisdição e processo

Orientador: Prof^a. Dra. Elaine Harzheim Macedo

Porto Alegre

2011

MÁRCIO DE ABREU MORENO

**TUTELA DE URGÊNCIA NOS RECURSOS ESPECIAL
E EXTRAORDINÁRIO NA PERSPECTIVA
DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 01 de Agosto de 2011

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Profa. Dra. Elaine Harzheim Macedo

Professor Examinador

Professor Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais Ana Maria de Abreu Moreno e Antônio Cocenza Moreno, com a mais profunda gratidão pelo imensurável amor com que sempre me cercaram.

AGRADECIMENTOS

À minha irmã Lenise, pelo carinho e apoio constantes.

Ao magistrado gaúcho Honório Gonçalves da Silva Neto, pelo exemplo de retidão profissional e pela inestimável amizade.

À professora e orientadora Elaine Harzheim Macedo por emprestar a este trabalho sua renomada assinatura.

Ao professor e amigo Daniel Mitidiero, pelo debate acadêmico e por ter me sugerido o tema objeto do presente trabalho.

Ao Professor José Tesheiner pelos ensinamentos e pela permanente disposição ao diálogo acadêmico.

Ao corpo docente do curso de Mestrado em Direito desta universidade, em especial aos professores Gilberto Stürmer e Thadeu Weber, pela estimulante convivência e pela oportunidade do franco debate em sala de aula.

O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito (JHERING, 1993, p. 25).

RESUMO

A tutela de urgência, em sede de recursos especial e extraordinário, deve ser analisada na perspectiva do processo qualificado no Estado Constitucional. As mudanças operadas no processo civil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, posteriormente, com a consagração do direito ao processo qualificado deram nova luz à tutela de urgência. Na análise da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, verifica-se que o direito fundamental à tutela efetiva, adequada e tempestiva é pressuposto metodológico do formalismo-valorativo para explicitar o vínculo entre direito material e processo. Nesse âmbito, define-se objetivamente o papel da tutela de urgência na busca do processo qualificado, especialmente, no que tange à sua concessão em sede de interposição de recurso especial e extraordinário e a finalidade de se estabelecer a extensão e o cabimento da jurisdição de urgência na pendência destes recursos. A sistemática processual constituída a partir do inter-relacionamento dos recursos excepcionais com a tutela de urgência, formando uma sistematização fulcrada na concretização dos direitos fundamentais, como critério fundamental e anterior ao formalismo processual, é o objeto do presente estudo.

Palavras-chave: Estado Constitucional, tutela de urgência, recurso especial, recurso extraordinário, competência.

ABSTRACT

The paper reports on the urgency tutelage in special and extraordinary appeals in view of the process described in the Constitutional State. It will consider, especially, these changes in civil procedure in the promulgation of the Constitution of 1988, and later with the dedication of the right to the qualified process. In the analysis of the Federal Constitution and infraconstitutional laws it will be observed that the fundamental right to effective tutelage, adequate and timely is methodological assumption of the evaluative-formalism to explain the link between material law and process. In this context, we seek to objectively define the role of tutelage of urgency in the search for qualified process, especially with regard to its focus in granting a special and extraordinary appeal and purpose of establishing the extent and appropriateness of the jurisdiction of urgency in pending these appeals. The aim is, thus, to analyze the procedural system formed from the inter-relationship of extraordinary appeals and the tutelage of urgency in order to develop a system centered to achieving the fundamental rights as a fundamental criterion and pre-procedural formalism in the search of the qualified process.

Keywords: Constitutional State, tutelage of urgency, appeal special, appeal extraordinary, competence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 TUTELA DE URGÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL	17
1.1 ESTADO CONSTITUCIONAL E PROCESSO	17
1.2 A PERSPECTIVA METODOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	28
1.3 TUTELA JURISDICIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	42
1.4 TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
1.5 TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NA PERSPECTIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	57
2 TUTELA DE URGÊNCIA EM SEDE DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO NA PERSPECTIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL	68
2.1 RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	68
2.1.1 Recurso Extraordinário no ordenamento jurídico brasileiro: evolução histórica e função constitucional	71
2.1.2 Recurso Especial no ordenamento jurídico brasileiro: Gênese e função constitucional	76
2.1.3 Efeitos dos recursos excepcionais quanto ao julgamento da causa, decisão recorrida e quanto à eficácia interinal da tutela jurisdicional	83
2.2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO	88
2.3 DA EFICÁCIA DA DECISÃO RECORRIDA E DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA... 91	
2.4 COMPETÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	94
2.5 UMA NOVA PROPOSTA DE TUTELA DE URGÊNCIA NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO À LUZ DO PROCESSO QUALIFICADO ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....17

REFERÊNCIAS.....ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estudar a sistemática processual constituída na função da tutela de urgência, no âmbito dos recursos especial e extraordinário, no Estado Constitucional.

A proeminente relevância do estudo da tutela de urgência recursal reside na constatação de que a garantia constitucional de acesso à justiça está estritamente vinculada com a prestação jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. A justiça tardia traz ao escopo social a percepção de que a tutela jurisdicional aplicada não atende aos anseios da sociedade moderna, de modo que, efetividade e celeridade processual devem buscar a concretização do direito material pela atuação afirmativa da tutela jurisdicional.

O estudo utiliza o método de abordagem dedutivo-analítico por meio de pesquisa bibliográfica, incluindo literatura nacional e estrangeira sobre o tema, bem como artigos de revistas especializadas e periódicos. Utiliza-se, ainda, devido à questão prática processual que circunda o tema, as orientações, súmulas e jurisprudência das Cortes Superiores.

A dissertação constitui-se em dois capítulos principais divididos em subcapítulos. Ao fim são apresentadas pontualmente as considerações finais. A idéia central é estudar a aplicação do instituto processual da tutela de urgência na jurisdição das Cortes Superiores como forma de obtenção do processo qualificado.

O trabalho principia abordando a evolução do constitucionalismo moderno até a formação e consolidação do Estado Constitucional garantidor e efetivador dos direitos fundamentais, passando pela progressão do modelo estatal ao modelo constitucional, bem como pelo estudo da jurisdição e a realização de seus fins na dimensão dos direitos fundamentais.

Definido o objetivo do processo no Estado Constitucional, serão analisadas as fases metodológicas do processo civil, entre as quatro grandes linhas temporais suscitadas na doutrina (Praxismo, Processualismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo), de forma a estabelecer o contexto histórico e características das quatro grandes linhas. O presente estudo buscará definir qual a perspectiva metodológica do processo civil no Estado Constitucional, analisando a evolução do caráter cultural do processo civil, bem como o seu íntimo relacionamento com o direito material e com o direito constitucional.

Especificada a linha metodológica do processo civil no Estado Constitucional, ingressa-se na propedêutica da proposição, a começar pela conceituação da tutela jurisdicional no Estado Constitucional e seu papel na concretização dos direitos fundamentais. Parte-se do pressuposto de que para atuar como um instrumento na realização de valores constitucionais, a tutela jurisdicional deve instituir meios organizatórios de realização, ou seja, procedimentos equitativos e adequados a efetividade do direito material.

No Estado Constitucional, o direito ao processo qualificado deve balizar a realização de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal).

Nessa esteira de raciocínio, o presente trabalho analisa a questão da tutela jurisdicional sob o axioma da adequação, tempestividade e efetividade que formam o supedâneo do processo qualificado.

Estuda-se a efetividade da tutela jurisdicional que deve possuir condições de promover na forma específica a proteção ao direito material, ou seja, aquela que prevê técnicas processuais capazes de concretizar direitos de forma preventiva e repressiva, contando ou não com a colaboração do demandado para a realização do direito do demandante.

Aponta-se a adequação como o resultado da ponderação entre dois complexos valorativos entre os quais convive o processo civil: efetividade e segurança.

Tecem-se, outrossim, considerações acerca da ideia de tutela jurisdicional prestada pelo Estado dentro de um limite razoável de tempo, de forma que o processo tramite sem dilações indevidas.

Destarte, definido o conceito de tutela jurisdicional no processo qualificado, passa-se a análise da estrutura do processo civil no direito brasileiro.

Após breves considerações acerca das três espécies rígidas e nitidamente diferenciadas de tutela jurisdicional (tutela de conhecimento, tutela executiva e tutela cautelar), verifica-se o substrato constitucional da jurisdição emergencial, pois do direito de ação no Estado Constitucional decorrem, como conseqüência lógica, os

direitos à antecipação e à segurança da tutela do direito material eventualmente ameaçado de lesão no curso do processo.

Busca-se, outrossim, justificar a função jurisdicional cautelar como mecanismo de concretização e de hierarquização de direitos fundamentais em conflito, decorrendo sua função constitucional do próprio sistema constitucional organicamente considerado que elege a tutela de urgência como instrumento de harmonização de direitos fundamentais.

Postas estas premissas, imprescindíveis para se investigar com maior profundidade o assunto proposto, ingressa-se propriamente nos motes centrais da dissertação que constituem o segundo capítulo do presente trabalho.

Analisa-se, inicialmente, o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição Federal e da integridade do direito nacional. Como órgão jurisdicional constitucional, “sua função se exerce dentro do processo no exame das causas que lhe são submetidas, tendo suas decisões forte repercussão política no plano institucional do equilíbrio dos Poderes do Estado¹”.

Além disso, no Estado Constitucional, tem-se a primazia da supremacia da Constituição frente ao princípio da legalidade, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. Nessa senda, o papel da Corte Suprema exerce função fundamental no Estado, passando, inclusive, a ser fonte secundária do direito por intermédio do sistema das súmulas vinculantes.

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 104.

Da mesma forma, busca-se definir o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça de manutenção da autoridade e unicidade da aplicação da lei federal. Tece-se breve histórico de sua concepção e atuação, na vigente ordem constitucional, como Corte de Justiça encarregada do controle da inteireza positiva do direito infraconstitucional, com o respectivo instrumento processual: o recurso especial.

Posteriormente, por meio da análise da ordem jurídica processual e dos procedimentos adotados pelas Cortes Superiores, principalmente no que concerne aos enunciados n. 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, prende-se a dissertação no procedimento da tutela de urgência nesta sede recursal sob o prisma do processo qualificado no Estado Constitucional.

Nessa monta, verifica-se a competência para o exercício da jurisdição de urgência no ínterim de tramitação dos recursos extraordinário e especial. Analisa-se, Especificamente, a competência para conhecer e julgar o pedido de tutela urgente, assim como o rito imprimido para a apreciação dos provimentos de urgência e a condição deste em oferecer uma tutela jurisdicional qualificada, ou seja, adequada, efetiva e tempestiva.

Em suma, é o substrato constitucional da chamada tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, pelas lentes do Estado Constitucional, o objeto do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, partindo-se da premissa de que as linhas fundamentais da ciência processual moderna só podem ser buscadas na própria ideia de Estado Constitucional e no modelo do processo qualificado, buscou-se demonstrar a necessidade da construção de uma nova perspectiva de tutela de urgência em sede de recurso especial e extraordinário. Objetivamente, elenca-se as seguintes conclusões:

1. A constituição, no Estado Constitucional, não se limita à normalização das relações intra-estatais e das relações verticais entre Estado e indivíduo. Ela também normaliza âmbitos sociais, econômicos e culturais, nos quais se estabelecem as relações interprivadas. O texto constitucional é uma estrutura normativa básica não só do Estado, mas também da coletividade social, uma autêntica *lex fundamentalis* da totalidade político-social.
2. No campo do processo civil, tem-se uma nova leitura no sentido de que os institutos processuais criados sob a égide de valores constitucionais informados pelo Estado Liberal devem, inevitavelmente, serem relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo Estado Constitucional.
3. A compreensão do Estado Constitucional deve passar pela garantia a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, razão pela qual o processo só pode ser visto como uma concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

4. A compreensão do processo como fenômeno cultural decorrente da sua construção como produto histórico-social depende da sistematização de sua evolução histórica, podendo ser regida a partir da eleição de quatro grandes linhas de pensamento que abrangem suas diferentes perspectivas metodológicas: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.
5. No Estado Constitucional, o processo civil convive contemporaneamente com uma nova perspectiva metodológica fulcrada no formalismo-valorativo, cuja diretriz determina a necessidade de pensar o processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais, na sua característica dinâmica, de construção de sentido no curso da história. Segundo a idéia síntese do formalismo-valorativo, as linhas fundamentais da ciência processual só podem ser buscadas na própria idéia de modelo democrático do processo.
6. Como decorrência desse modelo calcado na democratização do processo e em sua instrumentalidade na realização dos direitos fundamentais, o direito à tutela de urgência possui densidade constitucional, uma vez que tem o Estado, tanto na sua feição legislativa como em sua feição judiciária, obrigatoriedade de outorgar aplicação imediata aos preceitos constitucionais garantidores da tutela satisfativa.
7. Quando o Estado Constitucional veda, na imensa maioria dos casos, o uso da força para a resolução das possíveis crises e das crises de realização do direito material, ele obviamente só pode se comprometer em contrapartida à realização adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.
8. Ao unificar as principais qualidades que devem formar o processo devido à sociedade, o processo qualificado mantém em seu conteúdo os dois grandes complexos valorativos do direito processual: segurança e efetividade.
9. O processo qualificado pode ser visto como um contemporâneo modo de pensar o direito ao processo, sendo conceituado como o direito ao processo exercido e potencializado por todos os demais direitos informativos do processo civil, constituindo-se em direitos a meios (técnicas) e resultados qualificados.

10. A função jurisdicional acautelatória justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito. Sua função constitucional, destarte, decorre do próprio sistema constitucional organicamente considerado que elege a tutela de urgência como instrumento de harmonização de direitos fundamentais.
11. No Estado Brasileiro, estabeleceram-se duas classes de provimentos de viés provisional capazes de efetivar uma proteção jurisdicional fundada na emergência: a tutela cautelar, que assegura a realização do direito em risco, e a tutela antecipada, que adianta a sua satisfação. Conquanto sejam, na essência, provimentos diferentes, ambos visam exatamente a impedir que o tempo comprometa o resultado do processo mediante medidas jurisdicionais imediatas.
12. No modelo brasileiro de Estado Constitucional, tanto o recurso especial como o recurso extraordinário são recursos de gênero extraordinário que visam a assegurar a autoridade e inteireza do sistema jurídico, protegendo, reflexa e secundariamente, o direito do recorrente ao revisar as decisões atacadas.
13. Os efeitos jurídicos presentes nos recursos excepcionais incidem sobre o julgamento da causa (devolutivo, translativo e expansivo), sobre a decisão recorrida (substitutivo, rescindente e integrativo), bem como sobre a eficácia interinal da tutela jurisdicional (antecipatório e suspensivo).
14. Atinente à competência para conhecer e decidir sobre pedido de tutela de urgência em sede de recurso extraordinário ainda não interposto ou pendente de admissão de origem, constatou-se que, historicamente, sempre foi de competência das Cortes Superiores. Todavia, divergências jurisprudenciais entre as Cortes Superiores trouxeram um debate sobre o tema.
15. Após longa discussão doutrinária e jurisprudencial no que tange ao cabimento da jurisdição de urgência pelas Cortes Superiores enquanto pendente o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, o Supremo Tribunal Federal pacificou a temática com a edição das súmulas n. 634 e 634.

16. Todavia, a atividade cognitiva desenvolvida na apreciação da tutela de urgência é diferente daquela que se desenvolve na apreciação dos requisitos de admissibilidade recursal, razão pela qual o supracitado juízo de admissibilidade é objetivo, não se vinculando a conceitos subjetivos como são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* da tutela cautelar.
17. Destarte, é necessário dar organicidade infraconstitucional à tutela de urgência em sede de recurso especial e extraordinário para inserir, nesta sede recursal, as premissas da efetividade, adequação e tempestividade que constituem o processo qualificado.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M843t Moreno, Márcio de Abreu
Tutela de urgência nos recursos especial e extraordinário na perspectiva do Estado constitucional. / Márcio de Abreu Moreno. – Porto Alegre, 2011.
126 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS.

Orientação: Profa. Dra. Elaine Harzheim Macedo

1. Direito Processual Civil. 2. Tutela de Urgência. 3. Recurso Especial. 4. Recurso Extraordinário. I. Macedo, Elaine Harzheim. II. Título.

CDD 341.46

Ficha Catalográfica elaborada por
Sabrina Vicari
CRB 10/1594