



FUNDAÇÃO FACULDADE DE DIREITO DA BAHIA

CAMILO CHIANCA DE OLIVEIRA AZEVEDO

**OS REFLEXOS NEGATIVOS DO TEMPO E A
PERPETUAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Salvador
2012

CAMILO CHIANCA DE OLIVEIRA AZEVEDO

**OS REFLEXOS NEGATIVOS DO TEMPO E A
PERPETUAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Monografia apresentada ao Programa de Especialização em Processo Civil da Fundação Faculdade de Direito da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em processo civil.

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILO CHIANCA DE OLIVEIRA AZEVEDO

**OS REFLEXOS NEGATIVOS DO TEMPO E A
PERPETUAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em processo civil, Fundação Faculdade de Direito da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Salvador, de de 2012

*"EN ESTE MUNDO TRAIADOR, NADA ES VERDAD, NI MENTIRA. TODO ES
SEGÚN EL COLOR DEL CRISTAL CON QUE SE MIRA."*

RAMÓN DEL CAMPOAMOR

RESUMO

Trabalho acadêmico desenvolvido analisando os efeitos causados pelo tempo no âmbito jurídico, em especial no campo processual, seara em que seus reflexos estão intrinsecamente ligados à própria efetividade, necessidade e utilidade da tutela jurisdicional pretendida. Nesta senda, busca-se verificar ferramentas de otimização na interação processual com o tempo, visando à conformação dos valores relativos à segurança jurídica e garantias fundamentais que assistem ao demandado com a imperiosa celeridade imposta aos feitos judiciais e a própria efetividade prática das decisões, sobretudo a antecipação dos efeitos da tutela. Assim, à luz do confronto entre ordinariade e sumariedade e de uma análise crítica da cognição judicial efetivamente realizada, traça-se um esboço do instituto antecipatório em cotejo com o direito ao contraditório; em especial, com um contraditório eventual. É dizer, discute-se a possibilidade do contraditório, no processo civil, ser exercido de forma eventual, a depender do caso concreto e do interesse das partes em prosseguir com a demanda, caso prolatada decisão antecipatória dos efeitos da tutela. Destarte, recairia sobre a decisão, malgrado executada de imediato, até então provisória e precária, potencial de tornar-se definitiva e formar coisa julgada material, mesmo pautada em juízo de verossimilhança.

Palavras-chave: antecipação dos efeitos da tutela; reflexos processuais do tempo; sumariedade; cognição; contraditório eventual; estabilização da tutela antecipada.

ABSTRACT

Academic work carried out by analyzing the effects caused by the time in the legal framework, especially in the procedural field, harvest when your reflexes are intrinsically linked to their own effectiveness, necessity and usefulness of desired judicial protection. In this vein, we seek to verify optimization tools in the procedural interaction with the time, aimed at shaping the values of legal certainty and guarantees that assist the defendant with the imperative speed imposed on legal proceedings and the own practical effectiveness of decisions, especially the anticipation of protection effects. Thus, in light of the confrontation between ordinariness and summariness and a critical analysis of cognition judicial effectively held, draw a sketch of the anticipatory institute in comparison with the right to adversarial process, especially with a eventual contradictory. In other words, we discuss the possibility of an adversarial process in civil proceedings be exercised if any, depending on the case and the interests of the parties to proceed with the demand, if the decision handed down the anticipation of protection effects. In this way, the decision would have, despite executed immediately, hitherto provisional and precarious, the potential of becoming permanent and form *res judicata*, even based on analysis of verisimilitude.

Keywords: Anticipation of protection effects; procedural reflexes of the time; summariness; cognition; eventual contradictory; stabilization of anticipated protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

Arts. Artigos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA INCIDÊNCIA DO TEMPO NO PROCESSO	12
2.1 O TEMPO E O DIREITO	12
2.2 AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DO TEMPO EM FUNÇÃO DA POSIÇÃO DE DESCONFORTO DO OBSERVADOR	13
3 DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS AOS EFEITOS PROCESSUAIS DO TEMPO	16
3.1 DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	16
3.2 DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA EM SENTIDO SUBSTANCIAL	18
3.3 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL	20
3.4 PRINCÍPIO DA CELERIDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	23
4 DAS FERRAMENTAS DE OTIMIZAÇÃO DO TEMPO NO PROCESSO	27
4.1 IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS DO MONOPÓLIO ESTATAL DA JURISDIÇÃO E VEDAÇÃO À AUTOTUTELA	27
4.2 PROBLEMÁTICA RELATIVA À DURAÇÃO DO PROCESSO NA ESTRUTURA JUDICIÁRIA BRASILEIRA	30
4.3 TÉCNICAS DE APROXIMAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COM A URGÊNCIA RECLAMADA.	32
4.3.1 Segurança Jurídica x Celeridade	32
4.3.2 Aplicação da ponderação entre segurança jurídica e celeridade de acordo com a urgência da prestação jurisdicional.	37
4.3.3 Preocupação com a não banalização do urgente	43
4.4 ORDINARIEDADE E SUMARIEDADE NO PROCESSO CIVIL PÁTRIO	45
5 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	50
5.1 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL	50
5.1.1 Conceito, natureza jurídica e efeitos antecipáveis	50
5.1.2 Requisitos da antecipação genérica	54
5.1.2.1 Requisitos gerais	55
5.1.2.2 Requisitos alternativos	58

5.2 TUTELA ANTECIPADA E CONTRADITÓRIO DIFERIDO	60
5.3 TUTELA ANTECIPADA E CONTRADITÓRIO EVENTUAL. POSSIBILIDADE DE PERPETUAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO PAUTADA EM JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA	63
6 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende se debruçar sobre os reflexos inerentes ao tempo no processo civil, notadamente no que toca a efetividade da decisão judicial, revisitando institutos concebidos na legislação processual com o fito de conformar a prestação jurisdicional à tempestividade esperada pelas partes.

Analisa-se, pois, as técnicas existentes à disposição do legislador e dos operadores do Direito aptas a otimizar a prestação jurisdicional no tempo, é dizer, aptas a satisfazer a pretensão do direito material objeto da demanda no tempo adequado para fins de manter íntegras a utilidade e a necessidade do provimento, sobretudo em casos de urgência.

Nesta senda, ganha especial enfoque o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, notadamente porquanto ferramenta que visa a tutelar os interesses das partes em momento anterior ao ordinariamente esperado, por meio de uma decisão que, por essência, afigura-se provisória e precária, submetida a novas apreciações ulteriores, inclusive pelo próprio magistrado que a concedera.

Todavia, em estudo da cognição própria da tutela antecipada, em confronto à efetivamente empreendida pelo juiz no processo civil, mesmo após uma integral instrução processual, bem como da realidade subjacente à questão, passa-se a se discutir se a decisão, até então vista como precária, não poderia vir a tornar-se definitiva e conduzir à formação de coisa julgada material.

Destarte, o problema do trabalho consiste justamente em verificar o instituto da tutela antecipada, à luz de um possível contraditório eventual e suas inerentes implicações no procedimento e no que tange as garantias fundamentais, chegando-se a uma conceito quanto a eventuais benefícios ou malefícios em se instituir uma possibilidade de estabilização da decisão antecipatória.

Busca-se, pois, analisar o confronto entre ordinariiedade e sumariedade a partir de uma ótica crítica quanto à adoção de um procedimento padrão diante à multiplicidade de interesses em constante evolução, bem como levantar os direitos que aparecerão, no curso do trabalho, em embate, a partir do que se tentará encontrar uma forma de harmonizá-los no caso concreto.

Com efeito, o trabalho se apresenta como de grande importância para o âmbito

acadêmico, vez que propicia, de antemão, uma revisão acerca dos fundamentos principiológicos e teleológicos previstos constitucionalmente para o processo civil, assim como o desenvolvimento de pensamentos aptos a buscar máxima efetividade dos programas estatuídos na Carta, em especial o amplo e substancial acesso à Justiça e a efetividade das decisões judiciais. É dizer, traz um solo fértil para discussões que irão fomentar a visão de um processo como instrumento ético voltado à consecução do direito material, de forma, evidentemente, segura, mas também eficaz e tempestiva.

Por outro lado, do ponto de vista prático, o trabalho também demonstra a sua importância, vez que é cediço a quem acompanha o cotidiano forense os inúmeros óbices que dificultam o acesso a uma decisão que efetivamente tutele os direitos lesados no caso concreto, seja pela própria falta de estrutura do Poder Judiciário, seja pelo formalismo procedimental por vezes exacerbado previsto na legislação, ou pela adoção de mecanismos procrastinatórios pelo réu. Com efeito, sobreleva-se verificar ferramentas que possam ensejar a satisfação da tutela jurisdicional requestada em um ponto, no tempo, mais congruente ao direito material violado.

Outrossim, a sociedade hodierna, por força do avanço tecnológico, encontra-se sobremaneira mais acelerada, de modo que a satisfação dos desejos nunca foram tão prementes. Assim, importante torna-se ainda mais traçar parâmetros para a tutela dos direitos na velocidade pretendida.

Destarte, constitui objetivo principal do trabalho a análise dos efeitos da grandeza temporal no processo e, dentre as formas de otimizar a entrega da tutela jurisdicional cabível à urgência reclamada, verificar o instituto da antecipação dos efeitos da tutela e a possibilidade de criar-se uma hipótese de formação de coisa julgada a partir de uma decisão fundada em juízo de verossimilhança.

E, nesta tarefa, inicia-se o trabalho tentando-se conceituar o tempo para fins jurídicos, inclusive quanto a diversas facetas ou formas de medi-lo segundo a ótica do observador, após o que se adentra na análise de direitos fundamentais e princípios informadores do processo afetos à questão, com o fito de se estabelecer uma base axiológica hábil para o enfrentamento das questões posteriores.

Assim, uma vez verificada as premissas então estatuídas, passa-se a desenvolver uma apreciação crítica sobre os temas conectados à jurisdição estatal e seus

propósitos, inclusive à luz da realidade brasileira, bem como das técnicas procedimentais de aproximação da segurança jurídica à efetividade do processo.

Em ato contínuo, chega-se, finalmente, ao ápice do trabalho. Assim, no último capítulo de desenvolvimento, busca-se analisar o instituto da antecipação dos efeitos da tutela e sua interação com o direito ao contraditório, enquanto diferido no tempo e, especialmente, enquanto eventual, quando se poderá vislumbrar hipótese de perpetuação dos efeitos de decisão que nascera provisória.

2 DA INCIDÊNCIA DO TEMPO NO PROCESSO

2.1 O TEMPO E O DIREITO

Impossível não reconhecer que o tempo e o Direito possuem caminhos oscilantes, de modo a tangenciarem-se em diversos pontos afetos à concretização dos interesses juridicamente tutelados, no que toca tanto a manutenção da necessidade e utilidade da sua realização, quanto a própria possibilidade ou eficácia prática do exercício do direito.

Nesta esteira, como tudo que assiste em derredor do campo jurídico – eminentemente fundado em linguagem e relações de cunho interpessoais, logo subjetivas por essência – a interpretação da conceituação do tempo no Direito reclama uma apreciação sob a ótica de que não se queda imutável, mas intrinsecamente ligado à evolução dos liames sociais e de suas próprias expectativas. Perfaz-se, pois, em um conceito, antes de tudo, histórico, cuja melhor caracterização vai se moldando paulatinamente.

Neste sentido:

O tempo jurídico arrancado ao efêmero não é o dos improvisos passionais, nem o das rupturas radicais com o passado. Deve ser antes compreendido no modo da metamorfose: simultaneamente instituído e instituinte, é objecto de mutações contínuas, de adaptações permanentes, de remodelagens constantes. Decorre da experiência e da história, procede por tentativas e erros, tacteamentos e aproximações, avança por meio de escorregadelas sucessivas; substitui insensivelmente umas formas por outras, sem que nunca o fio que as liga se rompa totalmente. Sem dúvida, esse tempo da metamorfose, que combina antecipação e tradição é paradoxal: menos mobilizador que a ruptura radical do revolucionário, menos tranquilizador do que a longa duração do conservador, não deixa de ser, segundo nos parece, a aproximação mais exacta da natureza sempre enigmática do tempo social – pelo menos quando este consegue instituir, nem que seja por um tempo, a duração que sempre escapa. (OST, 1999, pp. 232/233)

A seu turno, tem-se que o Direito, para alcançar os ideais de justiça e efetividade a que se propõe, carece de uma aplicação em tempo adequado. Ora para garantir os interesses da parte lesada, ora para produzir os efeitos jurídicos pertinentes ao ato realizado, o certo é que forçoso reconhecer o reflexo inevitável do tempo na seara do Direito, em algumas ocasiões até integrante do próprio fato jurídico.

Deveras, em análise, por exemplo, do conceito de pagamento, verifica-se que o fator

tempo constitui um dos requisitos da própria caracterização do adimplemento correto, de modo que, para fins de produção do efeito liberativo do devedor, mister se faz que o cumprimento da prestação se faça no momento avençado, sob pena da incidência de sanções contratual ou legalmente previstas¹.

Preocupa-se, todavia, o presente trabalho tão somente com o reflexo processual do tempo, notadamente no que tange a velocidade com que prestada a atividade jurisdicional pretendida pela parte pelo Estado, tanto mais porquanto o momento em que efetivado o provimento requestado poderá implicar de forma relevante na própria eficácia da decisão.

Neste espeque, revela-se que a urgência, por vezes, é condição indissociável da pretensão manejada pela parte – sobremaneira o autor –, de modo que, uma vez retardada a prestação jurisdicional, pode esta tornar-se inócua ou inviável, como assevera Gustavo Bohrer Paim:

Inseparáveis são, pois, direito e tempo, sofrendo aquele os inevitáveis influxos das contingências deste. A busca da justiça pela satisfação do direito pleiteado depende de uma solução, muitas vezes, urgente, em que não poderia a parte se sujeitar aos caprichos de uma jurisdição lenta e gélida, desvinculada da realidade prática. (PAIM, 2012, p. 16)

Com efeito, inevitável preocupar-se com o tempo na relação jurídico-processual, eis que grandeza intrinsecamente ligada à própria efetividade das normas e dos comandos judiciais.

2.2 AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DO TEMPO EM FUNÇÃO DA POSIÇÃO DE DESCONFORTO DO OBSERVADOR

Afigura-se até intuitivo constatar-se que a pressa reside sempre naquele que se encontra em posição de desconforto – ora pela iminência de se perder um compromisso, ora por se encontrar um estimado benefício subordinado ao

¹ “Não basta saber onde a obrigação deve ser cumprida. Importa saber, também, o momento em que deve ser adimplida. Interessa tanto ao credor como ao devedor conhecer o instante exato do pagamento, porque não pode este ser exigido antes, salvo nos casos em que a lei determina o vencimento antecipado da dívida, como, por exemplo, nas hipóteses previstas no art. 333 do Código Civil.

[...]

As obrigações *puras*, com estipulação de *data de pagamento*, devem ser solvidas nessa ocasião, sob pena de inadimplemento. A falta de pagamento constitui em mora o devedor de plano, segundo a máxima *dies interpellat pro homine* (“o dia do vencimento interpela pelo homem”), reproduzida no art. 397 do Código Civil. (GONÇALVES, 2009, pp. 267/268)

acontecimento de determinado evento. O fato é que quanto maior o desconforto causado por uma situação específica, maior a vontade de repeli-la, o que reflete na ansiedade em que se proceda a tal diligência o quanto antes.

De fato, já apregoava, há muito, Albert Einstein e sua teoria da relatividade, que a aferição do tempo não é uma grandeza constante, e, deveras, revelam-se diferentes concepções, a depender do suporte fático em que inserido o observador; reservando-se ao tempo um viés eminentemente subjetivo que flutuará sob a ótica de diferentes intérpretes.

É que “o tempo, como realidade, não possui uniformidade, de modo que se possa ter um sentido unívoco para definir o referido vocábulo, no que tange à sua exteriorização” (PAIM, 2012, p. 21), daí porque importante sua apreciação segundo uma referência concreta.

Nesta esteira, tem-se que o decurso do tempo pode trazer conseqüências não raro irreversíveis a uma situação, tão somente pela demora em ver-se efetivar a pretensão esperada, de modo, inclusive, a esvaziar o próprio interesse na consumação da pretensão original, se perfeita a destempo.

Com o processo judicial não poderia ser diferente; revelando-se, uma vez colocada uma das partes em posição de relevante desconforto pela violação de seus direitos, tanto tempo quanto decorra, maior a gravidade da lesão reclamada, de sorte a cristalizar-se os seus reflexos negativos, inclusive a ponto de inviabilizar a própria satisfação ulterior do direito perquirido, ora por inutilidade, ora por perecimento.

Há de se reconhecer, pois, que o reflexo do tempo não se produz de forma idêntica em todos os feitos, nem para todos os litigantes, mas sim de acordo com o desconforto em que se coloca a parte postulante e, conseqüentemente, com a premência do provimento requestado.

Neste sentido, leciona Gustavo Bohrer Paim:

Há substanciais diferenças entre os muitos conflitos submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Assim, por exemplo, a necessidade de um doente terminal ser atendido pelo sistema de saúde não pode ser jamais comparada à demanda pela satisfação de um crédito pecuniário, a demonstrar a inexistência de um tempo único. (2012, p. 17)

Com efeito, cuida o ordenamento jurídico, atento às particularidades casuísticas das demandas judiciais, de tentar desconstituir o efeito negativo que o inexorável

decorso do tempo pode causar a interesses legítimos, tanto mais porquanto, ao lado de outras garantias de endereço constitucional, funda-se o direito de participar de um processo cuja resposta mostre-se efetiva em um verdadeiro direito fundamental, de modo a exigir um criterioso sopesamento em caminho da almejada Justiça do caso concreto.

3 DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS AOS EFEITOS PROCESSUAIS DO TEMPO

3.1 DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Trata-se o devido processo legal do postulado² cerne do sistema processual, eis que fundamento e explicação de toda construção procedimental adotada pelo Código de Processo Civil, e a partir do que se desenvolvem outros princípios, direta ou indiretamente corolários, senão toda a estrutura principiológica do processo.

É dizer, poder-se-ia, sem incorrer em maiores excessos de objetividade, congregando todos os valores intrínsecos ao processo no conceito amplo do *due process of law*, residindo a sua individualização apenas na conseqüência direta do estudo pormenorizado, nas diferentes fases processuais, e para fins de melhor aplicação e efetivação.

Alinhando-se a este entendimento, preleciona Marcelo Lima Guerra:

Tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental. (GUERRA *apud* DIDIER JR., 2007, p. 37)

Assim, com esteio no art. 5º, LIV do Texto Fundamental³, entende-se a reportada norma como uma garantia outorgada pelo ordenamento jurídico a todo cidadão de não ter afetada sua esfera privada, ora por atuação pública, ora particular, senão após decorrido um procedimento entendido como devido; assim considerado o procedimento calcado na oportunidade de manifestação do contraditório e regido por normas claras, precisas e anteriormente conhecidas.

Mas não apenas isso! O conceito ora exposto diz respeito apenas ao viés formal do devido processo legal, enquanto “direito a ser processado e a processar de acordo

² No presente trabalho, passa-se ao largo do competente estudo desenvolvido por Humberto Ávila (2007) quanto à classificação das normas jurídicas, utilizando-se das expressões “princípios” e “postulados” como sinônimas, a despeito de diferenciá-las o ilustre autor, para quem estes servem apenas como norteadores para interpretação das normas jurídicas, sem aplicação concreta, ao contrário daqueles.

³ Constituição Federal

Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio” (DIDIER JR., 2007, p. 37).

Todavia, manifesta-se ainda o princípio do devido processo legal por uma vereda substancial, de sorte que não basta apenas ao processo seguir por um rigor formal garantista, mas que estas garantias alcance também o conteúdo ali veiculado, atingindo a própria decisão final de mérito, que deve ser adequada e justa, sob pena de não se satisfazer o fim que dele se espera; ou, em outras palavras, “é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta” (DIDIER JR., 2007, p. 31).

Nesta esteira, o conceito substancial do *due process of law* há de caminhar, de forma inevitável, por padrões de razoabilidade, proporcionalidade e Justiça, de modo tal que não há que se falar em uma decisão devida caso esta não consagre, no caso concreto sobre a qual se funda, os interesses então lesados, protegendo-os; e quede-se inerte face aos desrespeitos à legislação material.

Veja-se, portanto, que, além de observar as formalidades legalmente previstas, há o processo que desaguar em um pronunciamento final que promova a Justiça, segundo os ideais sociais, sob pena de desrespeito à norma principiológica em comento.

Diretamente alicerçado no princípio-mãe do processo, encontram-se os direitos ao contraditório e à ampla defesa, consagrados no inciso LV da Carta de 1988⁴ com *status* de direitos fundamentais.

O direito ao contraditório consiste na garantia dada às partes de lhes ser oportunizada narrar a sua versão dos fatos, é dizer, contradizer as alegações formuladas pela parte contrária. E mais, não se trata apenas de mera exigência procedimental de ouvir ambas as partes e de tudo intimá-las, mas que seus pronunciamentos estejam aptos, ao menos em potencial, a servir de fundamento da decisão judicial, posto que encontram no magistrado um receptor atento de suas alegações.

É o que a doutrina processualista costuma denominar de faceta substancial do

⁴ Constituição Federal
Art. 5º. [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

direito ao contraditório. Ou seja, “o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão” (DIDIER JR., 2007, p. 43).

No mesmo sentido:

Em relação ao conteúdo do princípio do contraditório, impõe-se referir que as partes têm o direito de ser ouvidas, de deduzir suas pretensões em juízo, dialogar, de produzir as provas que entenderem necessárias para influir no convencimento do julgador. E mais, as partes têm o direito de ver seus argumentos e suas provas apreciadas pelo juiz, participando efetivamente da construção do provimento jurisdicional. (PAIM, 2012, p. 95)

Trata-se, pois, de efetivação da dialética hegeliana, pela qual a síntese – que, no caso, será a decisão judicial fincada nos ideais de justiça e adequação ao caso concreto – se forma a partir do choque inevitável da tese e da antítese.

Por fim, até com o perfil instrumentalizador do direito ao contraditório, posiciona-se o direito à ampla defesa, que trata da disposição às partes de um arsenal jurídico-processual, inclusive probatório, para dedução e demonstração de suas alegações com vistas a tutelar seus interesses.

Explica Delosmar Mendonça Junior:

[...] [o direito ao contraditório e à ampla defesa] são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem ampla defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. [...] O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório. (*apud* DIDIER JR., 2007, p. 48)

Afiguram-se, pois, conceitos complementares garantidos, em qualquer procedimento, às partes, com o desiderato de oportunizar-lhes a chance de terem seus argumentos como acolhidos.

3.2 DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA EM SENTIDO SUBSTANCIAL

O direito ao acesso à Justiça, hodiernamente, sobretudo à luz de uma exegese sistemática do texto constitucional de 1988, eminentemente garantista, congrega diversas facetas que decorrem justamente da aplicação do reportado direito fundamental em um sentido substancial. Neste espeque, há de se falar, necessariamente, em um acesso à Justiça efetivo, e não meramente uma garantia formal.

Com efeito, o direito ao acesso à Justiça não pode ser enxergado tão somente como a oportunidade de que dispõe todo o cidadão de bater às portas do Judiciário, como se poderia concluir de uma perfunctória e desacautelada leitura do art. 5º, XXXV da Carta de 1988⁵, mas ainda que tal provocação resulte em uma resposta do Estado, ainda que negativa quanto ao direito vindicado, mas proferida de forma justa e fundamentada, segundo o ordenamento jurídico vigente, bem como em lapso temporal razoável, sob pena de se frustrar a utilidade do direito de ação e, por conseqüência inevitável, tolher o próprio direito ao acesso à Justiça.

Adota-se, pois, no presente trabalho a exegese quanto à expressão prática dos direitos fundamentais segundo a ótica da doutrina neoconstitucionalista⁶, pela qual há de se interpretar as normas insertas no Texto Fundamental, em especial aquelas relativas aos direitos fundamentais, de forma a lhe emprestar máxima efetividade.

Neste sentido, quanto ao reflexo substancial do direito ao acesso à Justiça, posicionam-se os Professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja

⁵ Constituição Federal de 1988.

Art. 5º. [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶ Neoconstitucionalismo constitui um fenômeno filosófico-jurídico que revoluciona o discurso acerca da efetividade das normas constitucionais. É dizer, rompendo com os paradigmas do projeto sócio-cultural da Modernidade, o discurso neoconstitucionalista busca entender a Constituição não apenas como ferramenta de limitação do poder estatal, mas como ferramenta de desenvolvimento social, tentando-se retirar das suas normas o maior grau de eficácia, em especial no tocante aos direitos fundamentais.

Nada obstante o entendimento esposado por Humberto Ávila (2009), no sentido do não alinhamento do discurso constitucionalista aos paradigmas expostos pela Constituição de 1988, entende-se que a atual Carta Magna brasileira, forte em seu caráter intervencionista e generosa na intenção de propiciar o desenvolvimento social, é eminentemente principiológica. A despeito da preponderância numérica de regras, e o fato de que, uma vez proposta a solução legislativa, não pode o operador do Direito refutá-la, como, neste ponto, bem assevera Humberto Ávila, até a fim de se alcançar um mínimo necessário de segurança jurídica, verifica-se a preponderância qualitativa dos princípios, vez que as próprias regras pressupõem a anterior ponderação de princípios *in abstracto*, é dizer, em se aplicando uma regra, estar-se-ia aplicando também, em última análise, um ou mais princípios; e, no caso do suporte fático apresentado ao aplicador fugir da situação imaginada pelo legislador (constitucional ou ordinário), pode sim, em homenagem a um princípio constitucional ofendido, afastar, naquele caso, a incidência de determinada regra. Isto se comprova também tendo em vista o sem número de normas de conteúdo aberto, cuja definição será completada pelo julgador, segundo sua convicção e livre de uma neutralidade utópica, dando azo à aplicação da justiça no caso concreto, consoante as particularidades da situação fática apresentada.

Destarte, prefere-se aqui adotar postura frente à consonância da Constituição de 1988 aos ditames do discurso neoconstitucionalista na linha do entendimento de Luís Roberto Barroso (2007), no sentido de enxergar a Carta de 1988 como solo fértil para aplicação desta doutrina, sobretudo evidenciada nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil expressos nos incisos do art. 3º da Constituição, forte na preocupação com o âmbito social.

o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (1999, p.33)

Ocorre que, não raras vezes, a estrutura política, judiciária e social brasileira, que se lastreia na própria cultura pátria, caminha ao largo de toda esta construção que permeia o regramento constitucional, constituindo verdadeiro descompasso, na realidade faticamente verificada, entre o que escrito e o que reside no campo do possível, notadamente à luz do mundo fenomênico dos fatos.

Deveras, poder-se-ia abrir extenso tópico acerca da (des)estrutura histórica brasileira, remontando aos tempos de Pero Borges, primeiro ouvidor geral brasileiro, cargo análogo ao atual Ministro da Justiça, nomeado na gestão de Tomé de Souza frente à colônia, que repetira nestas terras o mandato de corrupção e improbidade exercido em Portugal que o fizera emigrar da nação lusitana, perpassando por incontáveis escândalos, até finalmente desaguar na realidade que parece conspirar em desfavor do jurisdicionado e contra a própria soberania da Justiça.

Todavia, à margem da explicação cultural-endêmica para os reportados vícios na Administração da justiça brasileira, o certo é que diversos óbices, de fato, existem e caminham em sentido diverso ao constitucional direito ao acesso à Justiça, tais como a dilação do processo, a descrença causada pela noção de infundáveis recursos cabíveis no *iter* processual, o número defasado de magistrados e demais serventuários em face da quantidade de feitos ativos, o rigorismo formal exacerbado, e, sobretudo, a falta de efetividade das decisões – ora pelo próprio efeito negativo do tempo, ora pela impossibilidade de obtenção da tutela específica pretendida.

Destarte, queda-se patente que a materialização do direito ao acesso à Justiça, constitucionalmente consagrado e à ótica de uma interpretação sistemática e efetiva quanto à sua própria aplicação concreta, reclama a observância de um procedimento judicial, inclusive, célere, correspondente, em justa medida, à premência do cidadão e à potencial superveniência de danos de ordem irreparáveis ou de difícil reparação com o decurso do tempo.

3.3 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Caminhando ao lado da própria ideia de acesso à Justiça, a quem, inclusive, empresta fundamento para a construção de uma interpretação substancial, encontra-se o princípio da efetividade, norma jurídica de conteúdo semântico aberto e corolário direto do princípio informador mãe do processo – o *due process of law* – pelo qual há de se aplicar as normas processuais no sentido de promover um procedimento idôneo e apto a entregar o bem da vida objeto da lide àquele que merece.

No mesmo sentido:

A cláusula do “devido processo legal” é considerada, conforme visto, a norma-mãe, aquela que “gera” os demais dispositivos, as demais regras constitucionais do processo. Embora sem previsão expressa na Constituição, fala-se que o “devido processo legal” é um processo efetivo, processo que realize o direito material vindicado. (DIDIER JR., 2007, p. 37)

De fato, espera-se sempre do processo que seja produzido um pronunciamento judicial de mérito condizente com a provocação jurisdicional perpetrada, de modo a garantir a produção do *status quo* futuro que haveria não fosse a lesão perpetrada ao interesse reclamado, sobretudo à luz do Direito enquanto ferramenta de pacificação social, daí porque também denominado pela doutrina processualista como princípio da máxima coincidência possível.

Veja-se:

Também pode ser designado de princípio da máxima coincidência possível. Trata-se de velha máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material. (DIDIER JR., 2007, p. 38)

Neste espeque, quanto à busca da efetividade do processo, leciona Cândido Dinamarco:

A efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. (1999, p. 271)

Ou, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 303), “o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito”.

Assim, o reportado princípio exige que o procedimento adotado constitua ferramenta apta e adequada à consecução de sua finalidade prática, notadamente a entrega do bem da vida a que faz jus a parte postulante, na exata medida – dentro dos limites da possibilidade – em que lhe compete.

Mais concretamente, significa: a) A interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) O juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) O juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva. (GUERRA *apud* DIDIER JR., 2007, pp. 38/39)

A seu turno, imperioso verificar que o momento em que provida a prestação jurisdicional constitui elemento essencial à consagração do princípio da efetividade, como assevera Fábio Silva Costa:

[...] o Princípio da Efetividade reporta-se à equação do problema “rapidez na solução do litígio – segurança processual”. Assim, percebe-se que tal princípio se bifurca em dois planos de extremada importância: a *rapidez processual* e a *segurança processual* vinculados intrinsecamente na devida administração do tempo. (2000, p. 29)

Adverte, todavia, em seguida, o ilustre docente que não há olvidar que, malgrado essencial à eficiência do comando judicial, a velocidade da prestação jurisdicional não se afigura o único objetivo buscado no processo, de modo que não basta à decisão apenas ser célere, mas, para que efetiva, congregue outros requisitos com o fito de promover a almejada justiça.

Veja-se, neste sentido:

Todavia, é importante ressaltar, sempre, que não é apenas pela prontidão em responder que se assenta o Princípio da Efetividade. A rapidez em dar retorno à lide, quando feita sem critérios, traz embutidos riscos de toda ordem. Em verdade o Princípio da Efetividade Processual precisa, para composição e legitimação de sua existência, levar em conta a questão da segurança jurídica da prestação de resposta pelo Judiciário. (2000, p. 29)

Destarte, forçoso reconhecer-se que outra resposta jurisdicional não será admitida, à luz da principiologia da Carta de 1988, que não aquela apta a produzir os efeitos pretendidos pela parte; de modo que, retornando-se, pois, à noção dos reflexos negativos oriundos do decurso do tempo, só será efetiva a tutela jurisdicional se deferida em velocidade correspondente à urgência do lesado, no justo momento em que reclamada sua eficácia, observado, sempre, o tempo de maturação e debate necessário à apreciação da complexidade da demanda, sob pena de afastar-se da

segurança jurídica.

3.4 PRINCÍPIO DA CELERIDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Com vistas a satisfazer os ideais de segurança jurídica manifestados pela sociedade, sobretudo no que toca a igualdade de tratamento às partes nas questões litigiosas, o Estado chamou para si o monopólio da atividade de resolução do conflito – ou de dizer o Direito (jurisdição) –, vedando-se, ordinariamente, a autotutela de seus interesses aos cidadãos.

Ocorre, contudo, que a prestação jurisdicional pelo Estado, por essência, destoa da imediatidade que constituía marca indelével da satisfação dos direitos diretamente pelo ofendido, de modo que é ideia intrinsecamente ligada à mediação institucional da resolução dos conflitos a renúncia à justiça imediata, e o consentimento com um prazo de espera pela resposta pretendida (PAIM, 2012, p. 19).

De fato, à luz do próprio princípio do devido processo legal, há de se observar, no procedimento que desaguará na solução ao conflito proposto, garantias às partes de modo a mantê-las em paridade, bem como oportunizá-las a possibilidade, ainda que potencial, de influenciar no processo de formação da convicção do órgão julgador provocado.

O Estado de direito não organiza somente a possibilidade de recorrer a um juiz; ele também deve fornecer algumas garantias necessárias para a realização prática do direito, cujo exercício exige alguma duração. (PAIM, 2012, p. 19)

Todavia, malgrado admitida certa duração ao processo, não se revela razoável que se produza dilações despropositadas ou indevidas, notadamente em desvirtuação à teleologia das regras que reclamam a sua extensão, sendo cediço que a amplitude injustificada do procedimento implica, inexoravelmente, na menor efetividade da prestação jurisdicional a que se visa obter.

Neste sentido:

Constitui um truísmo afirmar que a Justiça é morosa e ineficiente. A percepção da justiça como hermética, lenta ou arbitrária parece universal [...]. A morosidade, sem sombra de dúvida, viola direito fundamental da pessoa, que consiste na tutela jurisdicional sem dilações indevidas. Conflita, por isso mesmo, com o modelo Democrático de Magistratura. Quanto mais se adia a solução de um conflito, mais a Justiça se distancia do modelo ideal. (GOMES, 1997, pp. 170/171)

Desta forma, passou-se a entender necessária a observância de padrões prazais aos procedimentos com o fito de manter a estrutura processual e os princípios a ela inerentes, sem, contudo, perder de vista a idéia de que o decurso do tempo vai, aos poucos, esvaziando a própria efetividade da proteção a que se visa.

Deveras, inclusive à luz da eficácia substancial do direito fundamental ao acesso à Justiça, há de se promover uma prestação jurisdicional oportuna, quanto ao momento em que efetivada, sob pena de estar-se negando ao cidadão o próprio direito de petição.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

Se o cidadão possui, como direito fundamental e assim assegurado pela Constituição da República (art. 5º XXXV, CF) o direito de ir ao Poder Judiciário, é evidente que, para que tal direito possa ser usufruído de forma plena e efetiva por todos, importa não só o custo do processo jurisdicional, como também a sua tempestividade. (2002, p. 37)

Daf, pois, se já não presente no arcabouço axiológico constitucional, com vestes de verdadeira norma jurídica enquanto corolário inevitável do devido processo legal e direito ao acesso à Justiça, inseriu-se no ordenamento jurídico pátrio o princípio da duração razoável do processo, constituindo-se real direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, cuja data de nascimento, porém, guarda alguma divergência na doutrina.

Neste espeque, entende Samuel Arruda que tal garantia já decorreria de outras disposições constitucionais, independentemente de uma previsão expressa, à luz dos Textos Fundamentais anteriores:

Será forçoso reconhecer, no entanto, que o direito já estava inserido, embora de forma indireta e derivada, no texto de ambas as Constituições. Seria talvez uma espécie do que Gomes Canotilho denomina “normas sem disposição”, as quais não estão enunciadas lingüisticamente e não são *language-dependent*, mas que resultam da concretização de diversas disposições constitucionais. (2006, pp. 47/48)

De forma expressa, de fato, fora incorporado o direito a um processo sem dilações indevidas ao ordenamento jurídico pátrio com a assinatura e posterior promulgação do Pacto de San José da Costa Rica, que já traz em seu bojo, no art. 8, I⁷, a

⁷ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Art. 8, I “Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

indigitada garantia processual, de modo a, por força do art. 5º, §2º da Constituição de 1988⁸, incorporar-se na condição de direito fundamental, conforme leciona Flávia Piovesan:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. (2000, pp. 79/80)

Deveras, hodiernamente, esta discussão reside apenas em ambiente acadêmico, notadamente porquanto, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, entre outras intervenções na estrutura do Poder Judiciário, consagrou definitivamente o direito a um processo sem dilações indevidas no rol do art. 5º, mediante a inserção do inciso LXXVIII⁹, de sorte que não há cogitar-se sua não aplicabilidade, revelando-se medida imperiosa – inclusive sob pena de inconstitucionalidade – a observância de um prazo razoável na tramitação das demandas judiciais.

A dificuldade reside, pois, na definição criteriosa do que seria um prazo razoável, sobretudo tendo em vista que diversos são os ritos previstos no processo civil e, mesmo em cotejo de processos que se submetem ao mesmo rito procedimental, suas características quanto à própria complexidade da matéria parecem sugerir que não se haveria se estabelecer tal conceito em números péticos à luz de um entendimento cartesiano que, por essência, não se aplica à seara jurídica.

De fato, como toda norma de conteúdo semântico amplo, sua aplicação reclama uma apreciação à luz dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, mediante um esforço de sopesamento dos interesses que, *in casu*, apresentam-se conflitantes, de sorte a se moldar à exigência do caso concreto.

Advogando neste mesmo sentido, assevera Katharina Ferrari (2006):

Como a maior parte dos princípios jurídicos, o princípio da razoável duração é flexível, é adaptável a qualquer dos litígios que se encontre sob sua égide e, por isso mesmo, deve ser positivado através de cláusula geral que

⁸ Constituição Federal de 1988.

Art. 5º [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹ Constituição Federal.

Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

permita sua aplicação a todo e qualquer processo. *A duração razoável do processo*, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre a definição segura da existência do direito e a realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz.

Com efeito, há de se perpassar, necessariamente, a conceituação da razoabilidade da duração do feito às particularidades do caso concreto posto à apreciação, contornando as exigências obtemperadas pelo direito material, no que toca a tutela efetiva dos direitos violados, com as garantias processuais que assistem às partes, fazendo-as conviver harmonicamente, inclusive quanto à fixação da técnica procedimental.

Nesta esteira, assevera Kazuo Watanabe:

Se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quando à natureza do provimento (aqui o ponto maior de aderência ao reclamo do direito material), como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos. (2012, p. 24)

Destarte, tem-se que deve o juiz, no caso posto à sua apreciação, lançar mão das ferramentas processuais colocadas à sua disposição pelo ordenamento pátrio com o intuito de garantir a efetiva e útil prestação jurisdicional, de forma célere e de acordo com a urgência que cada situação demanda.

4. DAS FERRAMENTAS DE OTIMIZAÇÃO DO TEMPO NO PROCESSO

4.1 IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS DO MONOPÓLIO ESTATAL DA JURISDIÇÃO E VEDAÇÃO À AUTOTUTELA

Consoante exposto alhures, na condição vigente de Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro evoca para si a função jurisdicional, vale dizer, a prerrogativa de solucionar os conflitos concretos porventura existentes entre integrantes da sociedade.

Neste espeque, tem-se por jurisdição “a realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo e autoritativo (caráter inevitável da jurisdição), com aptidão para tornar-se indiscutível” (DIDIER JR., 2007, p. 65).

Com efeito, malgrado não exclusiva exatamente ao Poder Judiciário, na medida em que os demais Poderes, consubstanciados na teoria da separação das funções estatais¹⁰ prevista no art. 2º do Texto Fundamental¹¹, também realizam atividade claramente jurisdicional, revela-se sobremaneira que o Estado detém o monopólio da atividade de prestar a jurisdição.

Em verdade, hodiernamente, esta característica apresenta-se um pouco mitigada face à moderna estruturação da arbitragem, meio de solução de conflito por intermédio de mediador não-estatal, de confiança das partes, conforme lição de Fredie Didier Jr.:

Com a remodelação da arbitragem do direito brasileiro, essa característica perdeu o prestígio, tendo em vista que, atualmente, prevalece a concepção de que a a [sic] arbitragem é atividade jurisdicional, com a diferenciação apenas quanto ao elemento confiança, que preside a arbitragem, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença lhes será imposta de forma coativa. (DIDIER JR., 2007, p. 73)

Todavia, o acolhimento da arbitragem pelo ordenamento jurídico pátrio não parece

¹⁰ Conforme moderno entendimento, a tripartição é das funções do Estado e não dos poderes, vez que o Poder do Estado é uno e indivisível, sob pena de descaracterizar-se como poder. Em sentido contrário, José Afonso da Silva (2008, pp. 108/109), que enxerga a existência de ambos (e distintos) conceitos.

¹¹ Constituição Federal de 1988.

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

descaracterizar fundamentalmente o monopólio estatal da jurisdição. A uma, porque a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral não se aplicam a toda sorte de lides, mas exclusivamente as pautadas em direitos disponíveis, notadamente de natureza patrimonial, que possuam sujeitos capazes como interessados, na forma do art. 1º da lei de 9.307/1996¹²; e, a duas, porque o modelo arbitral não se perfaz suficiente para garantia integral de efetividade de suas próprias sentenças, na medida em que a possibilidade de lançar mão de meios coercitivos para o seu cumprimento remanesce como exclusivo do Poder Judiciário.

Com efeito, diante do caráter injuntivo da execução, malgrado não dependa de homologação judicial, na forma do art. 18 da lei de regência¹³, a sentença arbitral necessitará, caso não cumprida voluntariamente, submeter-se ao procedimento executório sob o crivo do Estado, afigurando-se como título executivo judicial, a teor do art. 475-N, IV do Código de Processo Civil¹⁴ e art. 31 da lei 9.307/1996¹⁵.

Assim, tem-se que o procedimento do juízo arbitral cinge-se tão somente ao módulo cognitivo do correspondente judicial, e, uma vez proferida a sentença, que, nas palavras de José Cretella Neto (2004, p. 119), “sendo condenatória, no entanto, equipara-se, em eficácia, à sentença judicial: não é auto-executável, mas serve como título para promover a execução forçada”, queda-se imprescindível o império estatal da força para que tal julgado tenha real efetividade.

Igualmente neste sentido:

A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII do Código de Processo Civil), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada. (DINAMARCO, 2004, p. 83)

Destarte, ainda que para fins da satisfação do princípio da efetividade – o que, a todas as luzes, não pode ser desprezado –, tem-se por exclusivo do Estado a função

¹² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹³ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

¹⁴ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

[...]

IV – a sentença arbitral

¹⁵ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

jurisdicional.

E, por consequência inevitável da premissa alhures aventada, queda-se, ao menos ordinariamente, vedada ao cidadão a possibilidade de lançar mão do instituto da autotutela (ou autodefesa).

La autodefesa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional, etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo on en la guerra, resuelvem o intentam resolver el conflicto pendiente con el outro, mediante su acción directa, en lugar de servise de La acción dirigida hacia el Estado a través del processo. (ALCALA ZAMORA y CASTILHO apud DIDIER JR., 2007, p. 69)

Trata-se, pois, da tutela, de forma arbitrária, dos seus próprio interesses, mediante imposição da vontade exclusiva de uma das partes, permitida apenas em casos excepcionais, dadas as circunstâncias concretas como a legítima defesa, direito de greve, direito de retenção e o estado de necessidade (DIDIER JR., 2007, p. 69).

Sobre tal situação é que se funda o conteúdo axiológico do direito ao acesso à Justiça, sobremaneira à luz de um viés substancial, tanto mais porquanto, se não é dado ao cidadão resolver, segundo seus parâmetros próprios do que correto e justo, seus conflitos e tutelar seus interesses porque atraíra para si o Estado a função de prestar a jurisdição, tem o Estado, igualmente, o dever de prestá-la sempre que provocado para tanto.

É dizer, uma vez que a porta do Poder Judiciário se afigura como única opção possível para a resolução do conflito outorgada pelo ordenamento jurídico ao cidadão, tal opção deve-se fazer efetiva para tal desiderato, concedendo ao postulante o bem da vida pretendido, caso lhe assista razão.

E mais, não se queda suficiente a prestação jurisdicional, mas que esta se afigura efetiva e implementada dentro de um prazo razoável, eis que não se pode perder de vista que, como o Estado se fundamenta e se legitima no povo, o exercício da jurisdição estatal como exclusiva lastreia-se na aceitação pelos administrados de que tal solução é a melhor para o bem como e para a paz social. Assim, uma vez aceita tal condição – que implica, inevitavelmente, na aquiescência com a postergação do resultado útil pretendido –, a demora do Estado em dar a resposta provocada afigura-se uma majoração da concessão perpetrada, agravando, ainda mais, a situação daquele que o instara.

Neste sentido, posiciona-se Gustavo Bohrer Paim (2012, p. 19):

Contudo, o jurisdicionado, ao consentir com a mediação institucional, concordando em submeter ao Judiciário a satisfação de suas pretensões, acaba admitindo a existência de um obstáculo ao imediatismo temporal. Ao abdicar de fazer justiça de mão própria, o cidadão também renuncia a obter a justiça imediatamente, visto que tempo e processo estão intimamente ligados.

Com efeito, carece o Poder Judiciário de lançar mão de procedimentos aptos à integral e célere satisfação dos direitos objeto da demanda, sob pena de contrassenso inaceitável à própria proposta de exercício da jurisdição pelo Estado e vedação à autodefesa.

Veja-se, nesta senda, a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Por outro lado, no que diz respeito especificamente à celeridade dos procedimentos, não é preciso dizer que a demora do processo jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à Justiça. Sim, já que não tem sentido que o Estado proíba a justiça de mão própria, mas não confira ao cidadão um meio adequado e tempestivo para a solução dos seus conflitos. Se o tempo do processo, por si só, configura um prejuízo à parte que tem razão, é certo que quanto mais demorado for o processo civil mais ele prejudicará alguns e interessará a outros. Seria ingenuidade inadmissível imaginar que a demora do processo não beneficia justamente aqueles que não têm interesse no cumprimento das normas legais. (2002, p. 38)

Destarte, mister se faz a observância e incorporação ao ordenamento pátrio de legislação e – sobretudo – uma mentalidade tendente a reconhecer a velocidade razoável com que deve ser efetivada a tutela jurisdicional, desde os magistrados até os próprios jurisdicionados e demais operadores do Direito.

4.2 PROBLEMÁTICA RELATIVA À DURAÇÃO DO PROCESSO NA ESTRUTURA JUDICIÁRIA BRASILEIRA

A análise da questão da tempestividade da prestação jurisdicional há de perpassar, necessariamente, por uma apreciação da estrutura judiciária brasileira, na medida em que constitui a ferramenta disponível para a efetivação da justiça na realidade pátria.

Nesta senda, imperioso destacar que o aparato judicial se afigura como imprescindível para a realização da almejada justiça do caso concreto, em especial no que toca à velocidade da efetivação da tutela jurídica pretendida. Assim, não existe uma justiça ou uma legislação naturalmente célere ou leniente, mas sim uma

estrutura mediante a qual se realiza a aplicação das normas abstratas a uma lide proposta apta ou não a fazê-lo com a esperada diligência.

Eis, neste espeque, o que assevera Luis Guilherme Marinoni:

Deve ser afastada a ideia simplista de que o juiz é o culpado pela demora do processo, ou mesmo pela falta de qualidade de seu serviço. Esta questão, como é óbvio, passar por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum. Nesta perspectiva é possível dizer que nenhuma “justiça” é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da forma que os detentores do poder a desejarem e, portanto, para alguns, sempre “boa” e “efetiva”. Aliás, em pesquisa realizada pelo IDESP (Instituto de Estudos Sociais e Políticos), no qual foram ouvidos 351 juízes de vários Estados brasileiros, foi alcançada unanimidade: todos os entrevistados (isto é, 100%) afirmaram que a justiça brasileira é muito lenta. (2000, pp. 33/34)

De fato, o enfrentamento da questão do tempo sob a ótica da qualidade da justiça reside eminentemente no reconhecimento de que, em cada fase processual, está-se, normalmente, tutelando o interesse de alguma das partes, porquanto dotadas de posturas e vontades antagônicas.

É dizer, considerando-se que a instauração do processo, por si só, não modifica o *status quo* original, de forma que o bem da vida objeto do litígio permanecerá com aquele que o detém até eventual decisão judicial em sentido contrário, queda-se forçoso atestar que a demora em tal pronunciamento de mérito – ora provisório, ora definitivo – é suficiente para tutelar o interesse daquele em que está em posição mais confortável.

Nesta esteira, cada ato processual, ou cada instante do feito jurisdicional que se passa sem a sua realização – seja produzindo ou não uma modificação fática na situação do bem litigioso quanto à sua titularidade ou fruição – implica na salvaguarda do interesse de uma das partes, razão pelo que o tempo possui carga valorativa importante no aspecto material do direito processual.

Assim, é de se esperar que sempre haja alguém interessado, tanto na demora da prestação jurisdicional, como em uma resposta célere e efetiva, de modo que a realidade a ser verificada dependerá do interesse que efetivamente vier a se impor, notadamente ao sabor de questões políticas e econômicas.

Ilustrando tal entendimento, cumpre-se transcrever:

Tudo isso é tão evidente que se pretendeu que um recente plano

econômico do Governo Federal, editado no início da última década – que bloqueou a possibilidade do povo retirar o seu dinheiro das contas bancárias – não pudesse ser questionado por meio de procedimentos que continham a previsão de liminares e de sentenças que podiam ser executadas na pendência do recurso de apelação. Ou seja, vedou-se, em relação a tal plano econômico, o uso da ação cautelar e do mandado de segurança, instrumentos reconhecidos como céleres e rápidos para a correção de eventuais injustiças. Ora, não é preciso dizer a razão de referida tentativa de proibição: é lógico que o detentor do poder apostou na morosidade do processo para tentar usá-lo de forma indevida (MARINONI, 2002, p. 45)

Desta forma, verifica-se que a utilização racional e efetiva do tempo no processo não parece situação de fácil prática, sobretudo porquanto forte na realidade brasileira a pressão dos grupos compostos justamente por aqueles que usualmente descumprem as normas jurídicas.

Deveras, não raro, tem-se os diversos óbices enfrentados por quem pretende o acesso à Justiça para a tutela dos interesses violados, inclusive a morosidade do processo jurisdicional, por componente importante da margem de lucro de grandes empresas ou da viabilidade do exercício de suas atividades.

4.3 TÉCNICAS DE APROXIMAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COM A URGÊNCIA RECLAMADA.

4.3.1 Segurança Jurídica x Celeridade

À margem da situação enfrentada no item anterior, considerando-se como primordial o interesse exclusivamente pautado na maior efetividade da prestação jurisdicional por parecer, iniludivelmente, mais engajado aos padrões de eticidade e moral e com a proposta de atribuir-se máxima eficácia aos direitos fundamentais¹⁶, tem-se por salutar a busca por um processo em que seja melhor tutelado o bem juridicamente protegido.

Nesta esteira, e seguindo a máxima contida no ensinamento atribuído a Jesus Cristo pela Bíblia Sagrada de que se deve dar a César o que é de Cesar, e a Deus o que é de Deus¹⁷, espera-se do feito jurisdicional uma ferramenta estatal apta a conceder

¹⁶ Vide, sobre o assunto, nota de rodapé de número 2 para fins de compreensão sobre a interpretação abordada pelo presente trabalho à eficácia constitucional.

¹⁷ Evangelho de Mateus. Capítulo 22.

[...]

¹⁵ Então, retirando-se os fariseus, consultaram entre si como o surpreenderiam em alguma palavra.

exatamente aquilo a que faz jus a parte postulante.

Assim, mister que, não só seja entregue a quem de direito o bem da vida objeto do litígio na justa medida do seu direito – em especial, se possível, coincidindo com o resultado prático observado caso não desrespeitada a norma jurídica pela parte adversa, em homenagem ao princípio da efetividade, tratado no item 3.2, ao qual se remete o leitor –, como o quanto antes, com o fito de restaurar a paz social e a concretização da eficácia da ordem jurídica vigente. Destarte, o provimento judicial será tão melhor quanto mais rápido for proferido.

De fato, se o objetivo da ação judicial é promover justamente a situação concreta que deveria vigor caso o ordenamento jurídico permanecesse íntegro em dado caso concreto, é de bom alvitre que isto ocorra o quanto antes, posto que o lapso temporal compreendido entre a lesão ao direito e a implementação da justiça com a tutela jurisdicional curva-se ao reinado absoluto da injustiça. Ou, nas multicitadas palavras, de Rui Barbosa, “Justiça que tarda é sempre falha”.

Ocorre, todavia, que o valor da celeridade não se afigura como valor absoluto e único para cumprimento dos anseios sociais. Deveras, de nada adianta uma decisão formalmente efetiva, mas que não cumpre o seu papel de pacificação social e promoção da justiça no caso concreto; de sorte que a resposta jurisdicional há de ser, não apenas ágil, mas adequada a solucionar o caso concreto, de acordo com as peculiaridades do suporte fático apresentado e o ordenamento jurídico vigente – e isto leva um inevitável tempo de diálogo e maturação.

O tempo do processo traz consequências diversas às partes, sendo que a plenariedade e a ordinariedade, próprias de uma suposta neutralidade do legislador e do julgador, acabam por sujeitar o autor ao elevado custo da espera da longa duração processual. *A contrario sensu*, decisões tomadas liminarmente acabam por, em inúmeros casos, inviabilizar a realização de um salutar diálogo, podendo violar garantias constitucionais do réu. (PAIM, 2012, p. 22)

De fato, ao se aproximar de uma segurança jurídica, que se almeja com a promoção

16 E enviaram-lhe discípulos, juntamente com os herodianos, para dizer-lhe: Mestre, sabemos que és verdadeiro e que ensinas o caminho de Deus, de acordo com a verdade, sem te importares com quem quer que seja, porque não olhas a aparência dos homens.

17 Dize-nos, pois, que te parece? É lícito pagar tributo a César, ou não?

18 Jesus, porém, conhecendo-lhes a malícia, respondeu: Por que me experimentais, hipócritas?

19 Mostrai-me a moeda do tributo. Trouxeram-lhe um denário.

20 E ele lhes perguntou: De quem é esta efigie e inscrição?

21 Responderam: De César. Então lhes disse: Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus.

22 Ouvindo isto, se admiraram e, deixando-o, foram-se.

da franca e aberta discussão entre as partes, com o fito de alcançar uma verdade processual mais próxima à verdade real¹⁸, mais se está afastando de um ideal de rapidez no provimento jurisdicional; ao passo em que a efetivação de uma tutela de forma açodada pode, não raro, conduzir o feito, não apenas a uma má resolução, como até lotérica, porquanto sequer podem vislumbrar as partes o que ocorrerá ao cabo do processo, nem que tipo de alegações ou provas ser-lhe-ão oportunizadas ou consideradas no julgamento do mérito.

Nesta senda, insta trazer a lume que a segurança jurídica também constitui valor de relevante importância para cumprimento dos anseios sociais quanto à função jurisdicional do Estado, revelada em diversos dispositivos legais e constitucionais, como a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito¹⁹, e, mais especificamente quanto ao processo, na posituação do direito a um devido processo legal e seus corolários diretos, em especial a ampla defesa, de sorte que inegável a condição de garantia fundamental outorgada ao valor em cotejo.

Existe, pois, um segmento de reta em que a segurança jurídica e o direito a um processo célere são os extremos. Contudo, o essencial é se alcançar o máximo de Justiça possível – aqui entendida em seu sentido mais amplo, não por acaso grafada com a inicial maiúscula. Neste sentido, Justiça é definida como valor moral e ético, inerente ao padrão axiológico da sociedade, é dizer, é um conceito que busca delinear seus traços segundo os anseios e sentimentos de um povo inseridos em um contexto social.

Destarte, para realizar essa Justiça *lato sensu* é necessário, em alguns momentos,

¹⁸ Impende destacar, neste espeque, que a verdade real, é dizer, aquilo que efetivamente aconteceu constitui objetivo utópico da fase instrutória do processo, na medida em que, por se reportar a situação anterior que não se pode recobrar, as provas trazidas aos autos visam apenas a formar uma verdade processual, que se espera próxima – mas não necessariamente coincidente – à verdade real (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, pp. 21/22). De fato, “exatamente porque a coisa é uma parte ela é e não é; pode ser comparada a uma medalha sobre cujo anverso está inscrito o seu ser e no verso o seu não ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos apenas da parte, é necessário conhecer tanto o verso quanto o anverso: uma rosa é uma rosa, ensinava Francesco, porque não é alguma outra flor; isto quer dizer que para conhecer realmente a rosa, isto é para atingir à verdade, impõe-se conhecer não apenas aquilo que ela é mas também o que ela não é. Por isso a verdade de uma coisa não aparece até que nós possamos conhecer todas as coisas e assim não podemos conseguir que um conhecimento parcial. (...) Em suma, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. (...) Assim a minha estrada, começada com atribuir ao processo a busca da verdade, conduziu à substituição da verdade pela certeza” (CARNELUTTI *apud* ARENHART, 2012, pp. 9/10).

¹⁹ Constituição Federal de 1988.

Art. 5º. [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

se afastar um pouco de um padrão rígido de segurança jurídica, sem, contudo, ignorar sua importância na construção do sentimento social do justo, de modo a atender a ambos os comandos legais.

Neste espeque, poder-se-ia, a partir de uma leitura perfunctória da situação, interpretar-se a existência de uma antinomia, na medida em que se tratariam de duas normas com reflexo prático aparentemente antagônicos. O ordenamento jurídico, contudo, na qualidade de sistema, deve observar padrões de compatibilidade a fim de que não haja, dentro de si próprio, partes que se choquem com outras, causando um conflito intersistêmico²⁰.

Assim, é justamente com o intuito de solver esses possíveis conflitos que possam decorrer da interpretação das normas, de forma isolada, que o próprio ordenamento jurídico, à luz da interpretação enquanto ordenamento, ou, em outras palavras, a partir de uma exegese sistemática, institui critérios de resolução. Estes critérios se adéquam, sobretudo, à espécie normativa em conflito.

As regras, vale dizer, espécie normativa que prevê prescrições imperativas em caráter concreto, em razão da sua natureza, exigem que sua aplicação seja exata e completa. Em outras palavras, as regras não admitem serem utilizadas em parte ou limitadas pela incidência de outra regra; submetem-se, pois, a máxima do *all or nothing* – ou se aplica em sua totalidade, ou não se aplica ao caso sob análise.

Com efeito, quando a colisão se dá entre regras, chega-se à conclusão de que não é possível a existência harmônica entre elas – uma delas deve ser afastada para afirmação de outra. Neste espeque, o ordenamento jurídico prevê um regramento para aferição de qual norma deve ser aplicada no caso concreto que a doutrina costuma separar em três critérios: cronológico ou temporal, espacial, hierárquico e da especialidade (BOBBIO, 2011, pp. 79/154).

²⁰ Em outras palavras, “a teoria do ordenamento jurídico está fundada na unidade, na coerência e na completude” (PINHO, 2003, p. 132), tornando assim o Direito um todo indivisível. Como unidade, “compreende-se o Direito como um sistema unitário de normas e trata-se de uma unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas” (PINHO, 2003, p. 132). Esta unidade, conforme a doutrina de Kelsen, difere-se da unidade no ordenamento jurídico estático – por exemplo a moral e o decorrente do jusnaturalismo. Para o autor, no caso do ordenamento jurídico dinâmico, como o inaugurado pela Constituição pátria, a norma hipotética fundamental dá fundamento tão-somente de validade às normas inferiores, não de conteúdo. Assim, estas normas devem obedecer ao princípio da unidade no que tange apenas às formas procedimentais (PINHO, 2003, pp. 132/133).

A seu turno, a coerência e completude dizem respeito ao conteúdo das normas, de forma que, seja por excesso ou por falta, verifica-se se há normas contraditórias dentro do mesmo sistema, ou ausência de norma que solucione determinado conflito. (BOBBIO, 2011, pp. 79/154)

Todavia, tem-se que os direitos fundamentais, ainda que positivados em forma de regra, o que acarretaria a sua vinculação à forma clássica de resolução de conflitos delineada alhures, carregam em si mesmo imensa carga axiológica que os distingue das outras regras comuns. É dizer, ainda que se apresente como prescrições imperativas, qualidade típica das regras, trazem consigo um aspecto valorativo comum aos princípios (BARROS *apud* GODOY, 2001, pp. 67/68).

Com efeito, não há, pela peculiaridade que lhes é inerente, submeter os direitos fundamentais aos mesmos critérios de solução de conflitos que as demais regras, mas ao método de ponderação, típica das normas principiológicas.

Este entendimento encontra fundamento na teoria da concordância prática formulada por Konrad Hesse. Sobre o pensamento do autor alemão:

O princípio da concordância prática ou da harmonização, formulado por Konrad Hesse, está ligado aos princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador e da proporcionalidade, e impõe ao intérprete a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. (BONAVIDES *apud* PINHO, 2003, pp. 152/153)

Ainda neste sentido:

A verdade, porém, consoante observa Nuno e Souza, é que a teoria da concordância prática, que busca uma coordenação entre direitos fundamentais e limitações que a eles se oponham, não deixa de se tratar de “um específico problema de ponderação de bem: se, no caso concreto, um direito tem de recuar, ou não, perante outros direitos fundamentais de um ou mais titulares de direitos” (GODOY, 2001, p. 74)

Com efeito, há de se estabelecer um efetivo sopesamento dos interesses em testilha, notadamente à luz do caso concreto, a partir do que se poderá, naquela situação específica, aproximar-se mais de um ou outro direito fundamental, que se mostrará como juridicamente mais relevante.

Neste sentido, oportuno transcrever: « »

A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma **protecção eficaz e temporalmente adequada**. [...] Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* («adequação temporal», «justiça temporalmente adequada»), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* – «a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça» [...]. Note-se que a exigência de um *processo sem dilações indevidas*, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente «justiça acelerada». A aceleração da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência

de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios [...], é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada [...]. (CANOTILHO, 2003, p. 499)

O importante, pois, é “haver um equilíbrio capaz de propiciar condições harmônicas tanto para as situações que exigem uma celeridade maior como para aquelas que demandam uma salutar meditação do julgador” (PAIM, 2012, p. 17), de modo que ambos os valores sejam prestigiados.

4.3.2 Aplicação da ponderação entre segurança jurídica e celeridade de acordo com a urgência da prestação jurisdicional.

Muitos reflexos da ponderação objetiva entre a segurança jurídica e o direito a um procedimento judicial célere podem ser observados ao cotejar-se a legislação processual com o enfrentamento da questão em testilha. É dizer, em muitas situações concretas, o próprio legislador verificou que o valor segurança jurídica poderia abrir espaço a uma maior eficácia da celeridade, ou vice-versa, para fins de melhor tutela da Justiça.

São os casos, a título exemplificativo, de procedimentos especiais como a ação monitória, tratada nos arts. 1.102-A e seguintes do Código de Processo Civil, em que, malgrado não exista título executivo a fomentar o acesso do credor de imediato à via satisfativa, em razão da robustez da prova – documento escrito –, oportuniza-se um procedimento mais célere tendente à formação do título²¹; e as ações possessórias²², reguladas pelos arts. 920 e seguintes do mesmo diploma legal, na medida em que o bem juridicamente tutelado se reveste de especial importância no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo tendo em vista a adoção do sistema econômico pelo capitalismo.

²¹ Código de Processo Civil.

Art. 1.102-B - Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1.102-C. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

²² Código de Processo Civil.

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Ainda se pode enxergar tal situação – preferência pela celeridade – nas demandas em que o ordenamento jurídico assume o risco da prolação de uma decisão que eventualmente não represente a melhor solução para o caso concreto, ora pela menor complexidade – o que elide a necessidade da instauração de uma fase instrutória mais elaborada e com ampla produção de provas –, ora pelo pequeno valor do direito discutido – tendo-se, pois, por de menor relevância. Nesses casos, como nas ações sujeitas ao procedimento comum sumário, tratado no art. 275 do Código de Processo Civil²³, e naquelas submetidas aos Juizados Especiais, reguladas pela lei nº 9.099/95²⁴, no âmbito estadual, e, na seara da justiça federal, pela lei nº 10.259/2001²⁵, a pequena relevância ou o mínimo potencial risco de reflexo negativo da decisão justificam a efetivação de uma resposta jurisdicional

²³ Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

II - nas causas, qualquer que seja o valor

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;

g) que versem sobre revogação de doação;

h) nos demais casos previstos em lei.

²⁴ Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

²⁵ Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

mais célere, malgrado pautada em uma cognição mais superficial.

Como exemplo de aplicação concreta da ponderação entre o direito fundamental a um processo célere e a segurança jurídica em sentido oposto, pode-se citar a submissão das sentenças condenatórias proferidas contra a Fazenda Pública, cujo direito discutido supere o valor de 60 salários mínimos, a requisito especial de eficácia, qual seja, a observância do duplo grau obrigatório, a teor do art. 475 do Código de Processo Civil²⁶. Em casos da espécie, por força do princípio da supremacia do interesse público, entendeu o legislador que o bem juridicamente tutelado – o erário público – afigura-se guarnecido de especial relevância a merecer um procedimento em que obrigatória a revisão do julgado pelo órgão jurisdicional *ad quem*, quando prolatada decisão em seu desfavor.

Cingir-se-á, todavia, o presente trabalho à análise do sopesamento dos reportados valores no âmbito do processo jurisdicional à luz da premência do provimento judicial reclamado, notadamente invocando, novamente, o reconhecimento de que o fator temporal constitui grandeza relevante na eficácia da própria decisão e, portanto, na observância da Justiça no caso concreto.

Nesta esteira, mister se faz adequar os procedimentos jurisdicionais, eventualmente afastando-se em certa medida do padrão da segurança jurídica, quando o reclamar a urgência da tutela requestada.

Nesse fluxo, importa obrigatoriamente falar em uma nova legislação processual, que viabilize – no salutar contexto das chamadas “ondas processuais renovatórias” – a eliminação dos excessos formais incidentes aos procedimentos, (excessos formais que atravancam a possibilidade de cristalização de uma solução justa para a lide) bem como falar em uma nova mentalidade dos magistrados brasileiros (PAIM, 2012, p. 31)

Assim, e não se podendo olvidar que o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas um mecanismo apto a concretizar o direito material que por ele tramita, não parece coerente que se submetam ao mesmo *iter* procedimental

²⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

[...]

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

demandas cujos provimentos afetam de formas diversas os sujeitos envolvidos, em especial quando a resposta jurisdicional se faz mais premente em uma do que em outra. Deve-se, pois, ter por adequado, não que o direito material se molde ao procedimento engessado padrão, mas que o procedimento se molde às peculiaridades do direito material, com o fito de melhor tutelá-lo, notadamente à luz da própria evolução social.

Neste sentido:

A rigidez de um procedimento regulado de maneira uniforme para todas as causas possíveis teria o grande inconveniente de não se prestar a satisfazer a contemporânea exigência de uma acurada e exauriente análise, que é especialmente sentida em certas causas mais complexas e difíceis, nem a exigência de uma rápida resolução, que prevalece nas causas mais simples e urgentes. (DENTI *apud* PAIM, 2012, p. 16)

Ainda alinhando-se ao mesmo entendimento, assevera Luis Guilherme Marinoni:

Se os procedimentos jurisdicionais nada mais são do que tecnologias que devem estar (espera-se!) a serviço da sociedade, seria sinal de inadmissível ingenuidade supor que tais procedimentos não precisam adequar-se aos direitos que vão surgindo na medida em que a vida social evolui. (2002, p. 45)

E prossegue o ilustre processualista:

É preciso enxergar a verdadeira razão de ser dos procedimentos, dos provimentos e dos seus meios de execução, para que se deixe de lado o apego despropositado às classificações feitas a partir de conceitos baseados em realidades processuais que serviam a direitos de épocas passadas. Pensar que as classificações não devem ser alteradas é o mesmo que supor que os direitos de hoje são os mesmos os direitos de cem anos atrás e que, por esse razão, a realidade processual e, assim, as classificações que nela se baseiam podem ser congeladas no tempo. Ora, é evidente que instituições que têm íntima relação com o modo de ser da vida não podem ser eternizadas no tempo, a menos que se pretenda um direito processual distanciado da sociedade. (MARINONI, 2002, pp. 45/46)

Nesta esteira, inegável a importância de se proceder a uma cognição bem instrumentalizada a partir da abertura de um amplo diálogo entre as partes e da oportunização da livre produção de provas, tudo imbuído do desiderato de se desaguar em uma decisão mais acertada e próxima dos ideais de justiça. Contudo, forçoso se admitir que, não raro, a espera pelo término de um procedimento moroso que garanta a formação de uma convicção mais associada à verdade substancial, pode acarretar o perecimento do direito que se busca tutelar, ou retirar a eficácia prática do provimento futuro.

Neste sentido:

O direito e o processo devem ser aderente à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso. (WATANABE, 2012, p. 149)

Há, pois, de se oportunizar à parte uma tutela jurisdicional que atenda à urgência do indigitado caso concreto, senão para fins de garantir a efetividade da decisão judicial, para contrapor-se ao fato de ter admitido a sociedade a satisfação dos seus interesses por intermédio do Estado.

Assevera, neste sentido, Gustavo Bohrer Paim:

De um ponto de vista teórico, o direito à proteção jurisdicional provisória decorre diretamente da proibição de se fazer justiça de mão própria, justiça privada. Assim, a organização dos procedimentos provisórios aparece com uma necessária contrapartida à vedação da autotutela, juntamente com a constatação de que a proteção jurisdicional é exercida no decurso do tempo. (2012, p. 21)

Com efeito, parece justo que, dado o implemento de circunstâncias específicas no caso concreto, tenha o postulante acesso a um rito procedimental que lhe permita a obtenção da tutela satisfativa de forma mais ágil, em especial quando a obtenção ulterior lhe signifique o mesmo resultado prático que o não acolhimento do seu pleito.

Todavia, evidentemente, impossível a implementação e eficiência de tal modelo de otimização do tempo no processo sem ferir, de alguma forma, os interesses da parte contrária, que acabará por se submeter à decisão desfavorável antes do trânsito em julgado da decisão, quando então se iniciaria o módulo de cumprimento de sentença.

É que o processo, como ordinariamente é visto, fundado em cognição plenária exauriente, acaba por resguardar apenas a pretensão do requerido, sobretudo enquanto normalmente este permanece na posse do bem da vida litigioso até o desenlace final do feito.

Deveras, tal posição sempre vigera forte nos ordenamentos jurídicos tradicionais, sobretudo em razão da influência católica no Direito, na medida em que não se permitia que o cidadão pudesse ter sua esfera de direitos invadida sem o desenvolvimento anterior de um procedimento em que se pudesse buscar a verdade

material do tempo pretérito.

Sobre a sustentação do procedimento plenário, leciona Gustavo Bohrer Paim:

Favorecem-se, assim, as pretensões da parte demandada, que vê, no dilatado decurso do tempo, uma maneira de manutenção do *status quo*, muito em razão do ideal de benignidade e piedade incorporados ao direito romano pela Igreja Católica, não permitindo que se altere a situação fática do réu sem uma acurada e morosa lide processual. (2012, p. 25)

Há, pois, sempre uma tensão entre os partícipes do processo, sobretudo por força de seus interesses antagônicos, mas eminentemente em razão de que sempre se está sempre tutelando o direito de uma das partes.

Eis, sobre o tema, a lição de Ovídio Baptista da Silva:

Em direito, particularmente no domínio do processo civil, o juiz não pode conceder nada a nenhuma das partes, senão à custa de um igual sacrifício do adversário. Quer dizer, tudo o que o juiz conceder ao autor ele o dará à custa do réu. O inverso é igualmente verdadeiro. (2002, p. 121)

De fato, existe, em casos da espécie, uma relação sempre de prejudicialidade, potencializada pela tensão havida entre o conflito de interesses das partes, de modo que, ao conferir ao autor a tutela jurisdicional antes de implementada uma instrução processual suficiente para formação de uma decisão fundada em cognição exauriente, está-se violando garantia do réu. Contudo, n'outro giro, ao negar ao postulante o provimento de urgência requestado, pode-se estar resguardando direito que o demandado talvez não possua.

Ademais, não bastasse o valor da segurança jurídica, como esposado alhures, não constituir axioma ímpar dentro da estrutura principiológica do ordenamento jurídico pátrio, bem como objetivo único dos anseios sociais, tal postulado parece indicar também para o sentido de prestígio à celeridade.

Ora, se segurança jurídica traduz-se na cristalização de situações, tendo-as por imutáveis, para fins de conhecimento e confiança da sociedade de uma dita relação jurídica, é certo que se lhe afigura antagônica a ideia de que o processo se eternize. A pendência de um processo jurisdicional, do qual se sobrevirá resolução judicial que pode ser influenciada por inúmeras variáveis, por si só, em última análise, se apresenta oposta a qualquer ideia de segurança.

O ponto crucial, pois, na apreciação da questão em cotejo, reside na urgência da efetivação do bem juridicamente protegido. Assim, a apreciação do mérito da lide

deverá ser deslocada para um momento anterior ao usual sempre que o reclamante a urgência do caso concreto.

4.3.3 Preocupação com a não banalização do urgente

Fixada a premissa de que a urgência da prestação jurisdicional configura a pedra de toque que autorizará a modificação da tradicionalmente imperiosa observância do procedimento plenário, a partir do qual a decisão de mérito apenas poderá vir ao mundo fenomênico dos fatos após encerrada uma instrução morosa e exauriente, inclusive a ponto de violar, em certa medida, o direito do réu ao contraditório e, em análise mais ampla, ao devido processo legal, é certo que a apreciação da pretensão da tutela requestada há de ser perpetrada com especial parcimônia, com o fito de evitar tolhimento injustificável de garantias constitucionais.

De fato, parece que a antecipação do provimento de mérito, pelos fundamentos que lhe emprestam arcabouço teórico, constitui medida verdadeiramente excepcional, de sorte que apenas terá lugar quando condição específica do caso concreto assim exigir.

Com efeito, não se afigura razoável uma adoção tendente ao uso indiscriminado da reportada técnica, mas apenas quando verdadeiramente presente o requisito essencial em que se lastreia, qual seja, a urgência da efetivação da prestação jurisdicional.

Neste espeque, impende salientar uma preocupação com a não banalização do que efetivamente se afigura como *urgente*.

É que a própria evolução tecnológica trouxe à sociedade a possibilidade de experimentar formas cada vez mais rápidas de realizar as atividades que, outrora, despendiam considerável lapso temporal, em especial no âmbito da comunicação. Deveras, a sociedade possui à disposição, hodiernamente, ferramentas de difusão de informação, incremento de relações pessoais e de aproximação dos indivíduos, ainda que fisicamente distantes, jamais libado. E tal evolução se perfaz à velocidade da luz – o que poderia parecer utópico e longínquo há dez anos atrás, hoje é realidade superada.

Tudo isso impõe à vida cotidiana uma pressão pelo estabelecimento de uma

velocidade cada vez maior na realização das atividades usuais, e o anseio por prestações sempre mais céleres. Assim, se é possível, sem ausentar-se da comodidade do seu lar, ter-se acesso a notícias, em tempo real, oriundas do outro lado do planeta, adquirir toda sorte de produtos e os recebê-los em domicílio, espera-se também a mesma agilidade na execução de qualquer outra atividade. A satisfação dos desejos revela-se, pois, cada vez mais premente.

Nesta esteira, como não poderia ser diferente, anseia-se, da mesma forma, que a entrega da prestação jurisdicional se amolde à velocidade das relações interpessoais cotidianas, de modo que, uma vez violado um direito, o Estado possa o restabelecer de imediato, porque tudo no mundo atual é urgente.

Ocorre, contudo, que não é essa *urgência* com que deve se contentar o processo jurisdicional para legitimar a modificação do sistema procedimental adotado em concreto. A uma – e esta parece óbvia – porque, de fato, toda necessidade se afigura urgente. Assim, ter-se-ia, ao contrário do que dispunha o tradicional modelo processual, a sumariedade como regra, exagero que não parece ser salutar.

Deveras, se a fixação de uma rigidez procedimental tendente à plenariedade não se mostra eficaz para a tutela da complexidade de interesses passíveis de discussão no âmbito judicial, não parece adequado, de igual forma, a radicalização pela adoção do extremo oposto. Assim, com a sumarização como regra, estar-se-ia ignorando os casos em que importante o diálogo entre as partes para formação de um convencimento seguro do magistrado sobre a matéria litigiosa, bem como premiaria sempre os interesses do autor.

Nesta senda, oportuno transcrever:

[...] a jurisdição não serve apenas para atender ao autor da ação, ou seja, àquele que primeiramente a procura, mas a todos aqueles que podem estar envolvidos em um conflito de interesses narrado pelo autor; justamente por isso, é dever do juiz, antes de dar a resposta definitiva às partes, admitir todas as suas alegações e provas, e isso, como é evidente, reclama tempo, que muitas vezes pode prejudicar a parte que ao final é reconhecida como a titular do direito. (MARINONI, 2002, pp. 44/45)

Ademais, se a análise precoce do mérito da lide é perpetrada com o sacrifício de garantias constitucionais que assistem ao demandado, é certo que deve sempre haver, no caso concreto um sopesamento entre os sobreditos interesses conflitantes, na medida em que ambos retiram sua força normativa do Texto Fundamental.

Assim, não será qualquer *urgência* que autorizará ao juiz adentrar a questão de fundo do processo antes da regular instrução processual, mas o que se poderia denominar de urgência *stricto sensu* – ou urgência juridicamente relevante –, que consistiria naquele estado de premência da efetivação da tutela pretendida suficiente para infirmar, no caso concreto, o direito do réu ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal.

Destarte, considerar-se-á urgente, para tal desiderato, não a vontade incomensurável e irresistível do seu titular, mas quando houver relevante risco de ineficácia da ulterior decisão judicial ou perecimento do direito protegido, de modo a esvaziar o conteúdo da tutela jurisdicional favorável que se adviria.

4.4 SUMARIEDADE NO PROCESSO CIVIL PÁTRIO

Conforme esposado alhures, funda-se a ideia da adoção de um procedimento plenário no conceito de que se resumiria o magistrado, neutro e desprovido de poder criativo, a expelir a vontade da lei, aplicando-a ao caso concreto (MARINONI, 2010, p. 116). Assim, apenas após a instauração de um procedimento em que se pudesse dar azo ao juiz ter acesso a todos os dados fáticos da demanda, poderia ser dada a resolução já prevista na hipótese normativa abstrata ao suporte fático concreto.

Nesta esteira, leciona Kazuo Watanabe:

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em *cognição plena e exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada. (2012, p. 120)

Acolheu-se, neste sentido, a sistemática procedimental fundada no direito romano pós-clássico, como anota Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Através do Processo de Conhecimento, nosso Direito Processual consolidou a herança recebida do direito romano bizantino, tardio e decadente, universalizando o procedimento privado da *actio* do Direito Privado romano, desde modo suprimindo os últimos vestígios que ainda conservávamos do Direito medieval, de inspiração germânica, dentre os quais cabe mencionar as *ações sumárias*, e como exemplo dessas ações sumárias ou *interditos* que o gênio medieval, inspirando-se no Direito romano clássico, transfundira em ações especiais, de cognição limitada, de que é exemplo eminente a ação cominatória, agora reintroduzida no nosso sistema. (2002, pp. 169/170)

Todavia, por força da própria dinâmica social, ao passo em que novos anseios e relações jurídicas mais complexas foram sendo reveladas, foi-se percebendo que a ordinariade vigente não se apresenta suficiente para a tutela de todos os interesses possíveis, tanto do ponto de vista pragmático-efetivo, quanto à luz da celeridade processual e tutela da urgência.

Em sentido convergente:

A universalização de um rito ordinário e de cognição plenária, derivada de um Poder Judiciário neutro, que se limitaria a pronunciar as palavras expressas no texto legal, tendo em vista os ideais da certeza e segurança, já não bastava para os complexos litígios decorrentes da sociedade pós-industrial. Passou a segurança jurídica a ter que conviver com a necessidade premente de uma efetividade maior do direito. (PAIM, 2012, p. 32)

Com efeito, passou-se a admitir procedimentos sumarizados, que propõem justamente a retração ou supressão de institutos ou fases processuais, em determinados casos, para fins de promover uma tutela mais efetiva do direito material em apreço.

Acerca do tema, oportuno transcrever:

A sumarização de uma determinada demanda pressupõe que o juiz esteja autorizado a fundamentar o julgamento, em certa medida, num juízo de *verossimilhança*, numa verdade possível naquele momento processual, tendo em conta que a supressão de certas provas, como ocorre com o *mandado de segurança*, ou a eliminação de certas áreas de conflito, como nas *possessórias* – de modo que a lide não se apresente com as dimensões que poderia ter, não fora essas limitações –, fará com que o julgador não disponha de todos os elementos, de fato ou de direito, para formar o convencimento com a “plenitude” que seria desejável, caso as partes pudessem utilizar, na sustentação de suas alegações, todos os fatos e todas as alegações possíveis de direito, que as amparassem. (SILVA, 2012, p. 01)

Nesta esteira, cumpre estabelecer que não se trata de criar um direito processual do autor, exclusivamente apto a proteger seus direitos como se todas as demandas fossem procedentes e a função do demandado fosse postergar a satisfação dos interesses legítimos do requerente, mas propiciar ferramentas aptas à salvaguarda de seus direitos, quando efetivamente verificados no caso concreto.

No mesmo sentido, posiciona-se Gustavo Bohrer Paim:

Não se quer, com isso, conferir um prévio atestado de procedência às afirmações do autor, considerando este sempre detentor de razão nos litígios contra um desleal adversário. O que não se pode é atribuir ao autor, na totalidade dos casos, o ônus da delonga procedimental, impondo um difundido procedimento plenário, sem que se permita, em determinados

casos concretos, que se propicie ao demandante uma via mais célere e efetiva na busca de seu direito. (2012, p. 23)

Outrossim, a implementação da reportada técnica procedimental pode se dar em diversos níveis, de modo a se verificar, na prática duas ordens de sumariedade – a formal e a material. Veja-se, neste sentido:

Parece evidente que a sumarização, enquanto técnica processual, tendente a melhor obter a efetiva realização da ordem jurídica positiva – o que exige instrumentos diferenciados – deve ser analisada sob dois aspectos: enquanto abrevia e simplifica as formas e enquanto limita o conteúdo do processo. [...] As técnicas de sumarização podem, pois, consistir em simplificação de procedimento, com abreviação de prazos, eliminação de atos, supressão de formalidades, etc. Podem ainda consistir em redução da cognição judicial, limitação probatória, etc. (HEERDT *apud* PAIM, 2012, p. 81)

E, ainda:

Não se pode deixar de mencionar a elaboração dogmática de HANS KARL BRIEGLER, a quem coube o mérito de ter, já em 1859, distinguido a mera simplificação *formal* do processo da sumariedade *material*. Segundo sua doutrina, o processo verdadeiramente sumário caracteriza-se pela incompletude material da *causa cognitio*, por meio da exclusão dos meios ordinários de defesa, circunstância que vem a se refletir no efeito provisório da decisão daí resultante. De sua vez, o procedimento acelerado, cuja origem está nas fontes do Direito Canônico (especialmente na Decretal *Saepe contingit* do Papa Clemente III, de 1306), distingue-se pela forma encurtada, simplificada e concentrada do procedimento, mas não pela incompletude da cognição e muito menos pelo seu imperfeito resultado (provisoriidade). Assim, o processo acelerado distingue-se do ordinário pela forma e do sumário pelo material em debate no litígio. (OLIVEIRA *apud* PAIM, 2012, p. 83)

Há sumariedade de caráter formal, pois, por exemplo, quando o rito procedimental é aligeirado, seja pela diminuição dos prazos, seja pela concentração dos atos processuais, como, por exemplo, ocorre com o rito comum sumário, previsto no art. 275 e seguintes do Código de Processo Civil. A seu turno, há sumariedade material quando há limitação do objeto cognoscível do magistrado, ora quanto à própria matéria que pode ser deduzida no feito, ora quanto à profundidade do seu exame.

Nesta esteira, apenas quanto à classificação em formal e material, malgrado se alinhe basicamente à conceituação teórica, Gustavo Bohrer Paim (2012, pp. 81/85), entende que os casos de decisão fundada em juízo de verossimilhança seria caso de sumariedade formal, porquanto atinente ao momento do procedimento. Todavia, parece mais adequado à análise da diferenciação do ponto de vista da cognição judicial, de modo que intrinsecamente ligada à noção de tutela jurisdicional diferenciada.

Neste sentido:

O destaque que deve ser dado ao ponto é no sentido de afastar a confusão entre a sumariedade do procedimento e a sumariedade da cognição: a primeira não é sinônima da última. Ademais, pode ser que esteja presente, na tutela diferenciada, a sumariedade do procedimento. Entretanto, nem sempre a sumariedade do procedimento assegura a identificação da tutela antecipada. (LEONEL, 2010, p. 84)

Destarte, pode-se falar que se afigura materialmente sumário tanto quando há limitação horizontal da cognição – no que toca à extensão das matérias que podem ser alegadas, como na ação de desapropriação, cingida à discussão do preço justo ou vício do próprio processo²⁷ – como vertical – quando o exame da matéria pelo juiz é realizado de forma superficial, não exauriente, como ocorre na antecipação dos efeitos da tutela em caráter liminar.

Outrossim, há ainda sumarização material quando o rito processual prevê a eliminação de meios probatórios à disposição da parte, como, por exemplo, no procedimento especial do mandado de segurança, em que vedada a produção ulterior de prova, como oitiva de testemunhas e depoimento pessoal das partes²⁸. Neste ponto, mais uma vez, diverge-se do entendimento de Gustavo Bohrer Paim (2002, pp. 81/85), para quem o rito sumaríssimo previsto para os feitos em trâmite no âmbito dos Juizados Especiais também consistiria em exemplo de sumariedade material, por força da indisponibilidade de produção de prova pericial.

Deveras, parte o autor de premissa que parece equivocada, tanto mais porquanto a lei nº 9.099/95 não proíbe a produção do reportado meio probatório nos Juizados Especiais, mas, sim, queda-se inadequado o rito procedimental para julgar ações que demandem produção de provas complexas. Com efeito, havendo necessidade de perícia, o rito sumaríssimo não irá tolher a oportunidade da parte de produzi-la, mas determinará a extinção do processo sem incursão na questão de fundo.

Assim, trata o rito estatuído pela lei nº 9.099/95 de hipótese de sumariedade formal,

²⁷ Decreto-lei nº 3.365/41

Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

²⁸ Kazuo Watanabe (2012, p. 121) classifica o rito especial do mandado de segurança como procedimento de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationes*, na medida em que não há limitação no plano horizontal, é dizer, quanto às matérias alegadas, mas a profundidade da cognição quedar-se-á condicionada à eficácia probatória da prova pré-constituída trazida ao *writ*. Com efeito, a decisão de denegação da segurança não perfaz coisa julgada material, podendo o mérito ser rediscutido em sede de ação ordinária.

notadamente porquanto concentrados os atos processuais em audiência – contestação, instrução e prolação de sentença –, mas que, quanto ao mérito da lide, podem ser, em regra, deduzidas toda sorte de alegações, bem como realizará sobre elas o juiz um exame aprofundado – cognição ampla e exauriente.

De qualquer sorte, forçoso reconhecer o caráter salutar da instituição de procedimentos sumarizados, tanto do ponto de vista formal, quanto no que toca à efetivação de tutela jurisdicional diferenciada, em que se sobreleva a lição do ilustre processualista:

Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. (WATANABE, 2012, p. 151)

De fato, parece que a adoção da sumariedade traz ao caso concreto um viés de efetividade e conformidade do procedimento à realidade fático-social, objetivo essencial do direito processual em um prisma constitucionalizado.

5 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

5.1 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Atento à situação enfrentada durante o presente trabalho – é dizer, os efeitos negativos intrinsecamente ligados ao tempo, e a sua relevância em determinados casos concretos no que toca a própria possibilidade de efetivação do direito material –, o legislador ordinário vem buscando contribuir para uma tutela tempestiva dos interesses objeto da demanda.

Nesta senda, impende salientar que não se faz imperiosa apenas uma reforma legislativa para otimização da tutela jurisdicional no tempo, mas também uma mudança de mentalidade na aplicação do direito e na visão do direito processual em seu caráter instrumental, com foco na afirmação do direito material, em especial por parte dos magistrados que presidem o processo.

Todavia, primordial o papel da legislação com o fito de propiciar ao julgador mecanismo e discricionariedade aptos a conduzir o feito de forma a melhor tutelar o bem da vida litigioso, sobretudo quanto ao momento da entrega a quem de direito, ainda que não se tenha, na ocasião, a formação de uma cognição plena.

Neste espeque, revela-se a implementação de algumas inovações legislativas no ordenamento pátrio com o fito de agilizar o andamento processual e a satisfação da tutela jurídica, tais como a instituição do rito sumaríssimo que rege os processos submetidos aos Juizados Especiais, a tutela processual de alguns bens jurídicos mediante procedimentos especiais e, em especial, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Esta última, por se afigurar ponto relevante ao presente trabalho, merece ser discutida com a pormenorização e atenção devidas.

5.1.1 Conceito, natureza jurídica e efeitos antecipáveis

Uma destas ferramentas de que dispõe o magistrado para garantir a efetividade de seus pronunciamentos, sobretudo quanto à relativização de um dos maiores males do procedimento judicial – os efeitos negativos que o tempo pode causar à

pretensão das partes –, é a antecipação dos efeitos da tutela, prevista, no ordenamento pátrio, no artigo 273 do Código de Ritos²⁹, de forma genérica, e em outros dispositivos do diploma codificado ou em legislações extravagantes, de forma específica³⁰.

²⁹ 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:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

³⁰ A título exemplificativo, pode-se observar a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em casos específicos como:

a) Tutela jurídica das obrigações de fazer e não fazer:

Código de Processo Civil.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

b) Tutela jurídica das obrigações de entrega de coisa distinta de dinheiro:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

[...]

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461 [o §3º trata da hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, como visto acima.]

c) Procedimento do mandado de segurança:

Lei federal nº 12.016/2009.

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

d) Procedimento da ação de despejo:

Lei federal nº 8.245/91

Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;

II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia;

III - o término do prazo da locação para temporada, tendo sido proposta a ação de despejo em até trinta dias após o vencimento do contrato;

IV - a morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do art. 11, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei;

V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.

VI - o disposto no inciso IV do art. 9º, havendo a necessidade de se produzir reparações urgentes no imóvel, determinadas pelo poder público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário, ou, podendo, ele se recuse a consenti-las;

Tal previsão legislativa deu-se com a reforma estatuída pela lei federal nº 8.952/94, que incluiu no ordenamento pátrio a possibilidade de conferir à parte postulante, à margem das restritas possibilidades específicas então existentes, o acesso aos efeitos da tutela jurisdicional antes da decisão definitiva. Passou-se, pois, a adotar a possibilidade de antecipação como regra, não mais como exceção.

Diz-se antecipação dos efeitos da tutela sobretudo porque não se trata da entrega precoce da resposta jurisdicional – esta, considerando-se a tradicional classificação ternária da tutela jurídica, declaratória, constitutiva ou condenatória –, o que apenas poderá ser feito com a decisão pautada em cognição profunda, apta, pois, à formação da coisa julgada material.

Mas sim, trata a decisão em comento de uma antecipação dos reflexos que aquela tutela jurisdicional futura terá sobre as esferas de direito das partes, é dizer, os efeitos prático-sociais decorrentes da proteção jurisdicional. Ou, nas palavras de Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

[...] não se antecipa a própria tutela (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, os efeitos dela provenientes. Não se declara, constitui ou condena antecipadamente – só ao fim do processo, mediante cognição exauriente. Através da decisão antecipatória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial. (2007, p. 531)

Nesta senda, quanto ao fundamento teórico e axiológico do instituto em testilha, anota Luiz Guilherme Marinoni:

Se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo. (1997, p. 23)

Outrossim, em decorrência da própria teleologia da antecipação dos efeitos da tutela, não se poder perder de vista que a sua concessão há de perpassar, em regra, necessariamente pela apreciação da urgência da efetivação da tutela, vale

VII – o término do prazo notificador previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato;

VIII – o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada;

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

dizer, do potencial risco de, em não sendo concretizada naquele momento os efeitos da proteção jurídica pleiteada, uma eventual decisão futura de ordem favorável ao requerente afigurar-se-á esvaziada, porquanto não se poderá, ulteriormente, incrementar o resultado útil pretendido.

Neste sentido:

A finalidade maior da antecipação de tutela é conferir efetividade à função jurisdicional. E só quando a medida antecipatória for apta a alcançar esse fim, ela deve ser concedida.

Se a tutela antecipada não tiver o condão de dar efetividade à jurisdição, e a tutela jurisdicional for útil e servível se conferida em caráter definitivo, não deve ser concedida a medida antecipatória. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 531)

Ainda, quanto à identificação da natureza jurídica do provimento judicial que concede a medida antecipatória, recorre-se à lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

A tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcial, a própria pretensão deduzida em juízo e seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. (2004, p. 717)

Trata-se, pois, de uma decisão precária e provisória, porquanto passível de ulterior modificação pelo próprio julgador, fundada em requisitos legalmente previstos que oportunizam ao juiz conferir, antes do momento ordinariamente adequado, os efeitos no campo do mundo fenomênico dos fatos da tutela jurídica requestada.

Nesta esteira, explica Luiz Guilherme Marinoni:

A provisoriedade da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas a satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis, seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito. (2010, pp. 192/193)

Todavia, no que toca à possibilidade de revisão do provimento antecipatório pelo próprio magistrado prolator da decisão, conforme autorização outorgada pelo art. 273, §4º do Código de Ritos³¹, exige-se a alteração do suporte fático entre o *status*

³¹ Art. 273. [...]

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

quo da época em que concedida a antecipação dos efeitos da tutela e o atual, ainda que se situe sua origem no aparecimento de meio de prova capaz de afastar a incidência de algum dos requisitos legais.

Neste sentido:

Exige-se [...] para que se a possa revogar/modificar, que tenha ocorrido alguma alteração posterior do estado de fato – a medida é concedida *rebus sic stantibus* –, ou o advento de novo elemento probatório, que tenha tornado inexistente algum dos requisitos outrora existente. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 568)

Havendo a revogação ulterior, seja no curso do feito em primeira instância, seja em decisão posterior fundada em cognição exauriente, a sua eficácia é sempre imediata e *ex tunc*, de modo a se restabelecer o *status quo* anterior, correndo, inclusive, nos próprios autos eventual manejo de pretensão executiva que possa ser deduzida pelo demandado para fins de reparação de danos causados por força da execução da medida provisória, na forma do art. 475-O do Código de Processo Civil³² (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 569).

5.1.2 Requisitos da antecipação genérica

Salvo as formas de antecipação dos efeitos da tutela específicas, tratadas de modo esparsos na legislação processual, que preveem requisitos próprios a serem observados, em decorrência da flexibilização do procedimento para melhor tutela jurídica específica, estão dispostas no art. 273 do Código de Processo Civil os requisitos genéricos para concessão da medida antecipatória, aos quais se relacionam, inclusive, os procedimentos em que prevista forma de antecipação especial. Assim, caso não cumpridos os requisitos específicos, mas atendidos os genéricos, poderá o magistrado, no caso concreto, conceder o provimento antecipatório requestado.

Dentre os requisitos genéricos, vale dizer, os dispostos no art. 273 do Código de Ritos, apresenta-se uma tipologia geral, na medida em que devem estar presentes

³² Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

em todos os casos de concessão da medida antecipatória, outra de caráter alternativo, posto que se contenta a aplicação do reportado dispositivo legal com a existência de pelo menos um deles.

5.1.2.1 Requisitos gerais

Três são os requisitos compulsórios para autorização da concessão da antecipação dos efeitos da tutela, de sorte que vedado ao magistrado concedê-la caso ausente um deles. Ei-los: o requerimento da parte, a existência de prova inequívoca, o convencimento judicial da verossimilhança das alegações formuladas pela parte postulante, e a reversibilidade da medida.

Quanto ao primeiro pressuposto, trata-se de previsão expressa no art. 273 do Código de Ritos, fundada eminentemente no princípio dispositivo e da teoria da congruência adotada pela legislação processual pátria, pela qual deve a decisão judicial guardar conformidade com a provocação da parte, não podendo se imiscuir o Judiciário em campo não pretendido pelo interessado.

Esta questão, no âmbito da antecipação dos efeitos da tutela, guarda maior relevância, sobretudo por conta do risco da revogação ulterior da medida antecipatória, notadamente no que toca a responsabilidade civil objetiva que recai sobre o autor pelos danos causados à parte contrária. Desta forma, se a efetivação da tutela judicial precoce é um risco para quem dela se favorece, é de se exigir que haja uma assunção expressa neste sentido.

Em sentido diverso, posiciona-se Maria Rita de Carvalho Melo:

[...] para a concessão da tutela antecipada, é obrigatório que a parte tenha feito uso de seu exclusivo direito de propor o processo e requerido a tutela jurisdicional dos próprios interesses, ou seja, é necessário que tenha se iniciado uma relação processual, afastando-se assim o proibido início *ex officio* do processo.

Assim, se o magistrado concede a tutela antecipada de ofício, ou seja, sem haver requerimento expresso da parte no sentido estrito da antecipação, não há que se falar, a nosso ver, em desobediência ao princípio dispositivo, que tem previsão no artigo 2º do Código de Processo Civil, uma vez que o juiz apenas terá concedido antes do tempo o que justamente pretendia a parte, de acordo com o princípio da congruência, mas que esperava apenas conseguir obter ao final. (2010, p. 63)

Não parece, todavia, o mais adequado o entendimento em tela, lastreado no fato de que o juiz estará apenas entregando o bem da vida perquirido, em que pese antes

de firmada a cognição exauriente, sobretudo porquanto o momento da efetivação da tutela pretendida constitui um dos elementos do pedido.

Assim, se a parte requereu que o provimento jurisdicional lhe fosse entregue ao final do processo, salvo reconhecimento do pedido pelo demandado, não cabe ao juiz, indiscriminadamente, eleger outro momento processual para tanto. É dizer, o autor tem o direito de assumir menos riscos e de executar apenas as decisões sobre as quais se recaiu o manto da coisa julgada.

Em verdade, funda-se a doutrina no poder geral de antecipação confiado ao juiz, prerrogativa judicial à qual não se nega existência, mas que deve ser utilizada com especial parcimônia, sobretudo porquanto pode agravar a situação das partes. Vale dizer, apenas medidas excepcionais poderiam autorizar a concessão *ex officio* da antecipação dos efeitos da tutela, como a certeza de ineficácia da tutela jurisdicional caso não efetivada de imediato e a entrega de medida mais adequada ao caso concreto em detrimento daquela requerida.

No que toca a existência de prova inequívoca, queda-se evidente que não será necessário ao julgador enxergar um meio probatório do qual se extraia uma conclusão livre de dúvidas ou não passível de ser infirmada posteriormente, notadamente porque estar-se-ia de exigência quiçá nem pretendida no exame exauriente da demanda.

A prova inequívoca, para tal desiderato, resume-se à existência nos autos de uma prova pré-constituída, através da qual é possível extrair-se um conceito plausível e condizente com o pedido formulado, de sorte que intrinsecamente ligado ao conceito de verossimilhança, próximo pressuposto geral previsto no art. 273 do Código de Processo Civil, pelo qual se busca um juízo de probabilidade quanto ao acolhimento das alegações do autor na sentença.

Neste sentido:

Partindo da premissa de que prova inequívoca e juízo de verossimilhança são pressupostos interligados, mas com significados distintos, sustentamos que a palavra “prova”, no que diz respeito à antecipação dos efeitos da tutela, deve ser compreendida como meio de prova, e não como “grau de convicção” do magistrado. O legislador, quando quis se referir ao grau de convicção acerca das alegações da parte, refere-se à verossimilhança (“...desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança, da alegação...”), que nada mais é do que um juízo de probabilidade. E prova inequívoca, decerto, só pode ser entendida como aquela que não é equívoca, e que serve como fundamento para a convicção quanto à

probabilidade das alegações. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 539)

Ainda, anota Teori Albino Zavascki:

Dir-se-á que é um paradoxo a exigência de *fato* certo e juízo de *verossimilhança* do direito: se o fato é certo, o direito existe ou não existe, em razão de que *jura novit curia*, ou seja, *da mihi factum, dabo tibi ius*. Na verdade, a referência a “prova inequívoca” deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas. Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta -, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade. (ZAVASCKI, 1997, p. 76)

Impende também salientar que a verossimilhança deve alcançar não apenas as alegações deduzidas pela parte quanto ao mérito da demanda – causa de pedir e pedido –, como quanto aos próprios contornos fáticos dos requisitos alternativos. Com efeito, deverá recair, de igual sorte, sobre as alegações de preenchimento dos requisitos legais para concessão dos efeitos da tutela antecipada, o signo da verossimilhança (THEODORO JÚNIOR *apud* PAIM, 2012, p. 127)

Por fim, a medida, por provisória e precária – é dizer, como, malgrado atinja de imediato as esferas jurídicas das partes, pode ser revisitada posteriormente –, não se permite alterar de forma definitiva o *status quo*. Com efeito, traz-se ainda como requisito para concessão da tutela antecipada genérica a reversibilidade da medida – ou a rigor, a irreversibilidade como requisito negativo por força da redação do art. 273, §2º do Código de Ritos³³.

Trata-se de reversibilidade, pois, do ponto de vista fático-social. Vale dizer, a decisão formalmente será sempre reversível pelas próprias características do regime processual adotada; todavia, o reflexo da decisão no suporte fático há de acompanhar tal peculiaridade, de sorte que, tratando-se de provimento não passível de retorno ao *status quo ante*, afigurar-se-á, em verdade, um pré-julgamento definitivo.

Entretanto, em que pese pautar-se no conceito do próprio instituto, tal dogma da reversibilidade fática da tutela antecipada há de ser flexibilizado para se admitir a sua aplicação ainda quando inviável o retorno à situação anterior, em especial considerando-se que se trata do mesmo valor para ambas as partes – ao não se

³³ Art. 273. [...]

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

conferir a antecipação dos efeitos da tutela em determinados casos, está-se negando de forma irreversível a tutela, ainda que a ela faça jus o autor, posto que a sua entrega em outro momento será completamente ineficaz.

Neste sentido:

A vedação à antecipação dos efeitos da tutela irreversíveis deve ser relativizada, sob pena de inviabilizar o próprio instituto. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto. Nos casos em que o direito do autor for de manifesta verossimilhança e que for igualmente claro o risco de seu dano iminente, não terá sentido algum sacrificá-lo em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. (PAIM, 2012, p. 134)

De fato, não se parece razoável, sobretudo à luz do princípio da efetividade processual, que, no caso do conflito em cotejo, se premie o improvável em detrimento do provável.

5.1.2.2 Requisitos alternativos

Ao lado dos requisitos gerais, a quem a lei impõe a existência concomitante ou cumulativa, existem requisitos específicos concorrentes, cuja existência isolada, assomada ao preenchimento dos pressupostos gerais, já se queda suficiente para autorização da concessão da medida antecipatória.

Embora, ambas as hipóteses previstas nos incisos do art. 273 do Código de Processo Civil estejam ligadas ao reflexo do fator temporal da entrega da tutela antecipada como medida de emprestar efetividade à decisão judicial, cada uma possui uma interação de forma e com fundamento diverso.

O primeiro requisito alternativo é o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, hipótese, pois, de caráter assecuratório. Funda-se na ideia de outorga antecipada dos efeitos da proteção jurisdicional “quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional”, razão pela qual o dano há de ser concreto, atual e grave (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 546).

A hipótese do inciso II do diploma legal em apreço, contudo, trata de espécie de sanção processual ao demandado pela infringência do dever de lealdade que se espera das partes (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 548). Em que pese não pautar-se na urgência do provimento, encontra o instituto guarida axiológica no

sentido de que, se o processo deve tramitar por um período razoável para que se possa dar efetividade ao comando judicial, não há permitir que o réu se utilize de subterfúgios processuais com vistas a protelá-lo e postergar o cumprimento das normas jurídicas.

Em sentido diverso, entende Maria Rita de Carvalho Melo que a hipótese não possui caráter punitivo. Veja-se:

[...] reiteramos o entendimento de que a antecipação da tutela na hipótese de abuso do direito de defesa ou manifesto caráter protelatório não tem caráter punitivo, eis que, nessas hipóteses, não há a aplicação de multa ou de outra penalidade, mas apenas a prestação de uma tutela de evidência, que não deve e nem poderia ser mais postergada, sob pena de não ser efetiva e, conseqüentemente, conduzir à injustiça. (2010, p. 46)

Parece, no entanto, que esta não foi a intenção do legislador, na medida em que enfatiza a postura censurável do réu como requisito para antecipação dos efeitos da tutela, e não o reconhecimento de tal atuação pelo demandado por força da evidência do direito da parte postulante, o que poderia ser enxergada como mera contraposição ao pedido pelo simples fato de lhe ser oportunizada a defesa.

Cuida-se, pois, da defesa do processo como instrumento ético de efetivação do direito material, de modo que vedado o abuso do direito de defesa ou adoção de medidas temerárias.

Por fim, costuma-se colocar ainda como requisito alternativo a existência de pedido incontroverso, com fulcro no art. 273, §6º do Código de Processo Civil, como entende Maria Rita de Carvalho Melo (2010, p. 47), explicando tratar-se a espécie de tutela da evidência.

Todavia, a rigor, cuida a hipótese, não de antecipação dos efeitos da tutela, mas julgamento antecipado da lide, por reconhecimento da procedência parcial do pedido. Não há, pois, um exame de verossimilhança sobre as alegações do demandante, mas a prolação de decisão definitiva sobre a matéria, porquanto sequer inexistente, quanto àquele conteúdo, uma lide propriamente dita.

Neste espeque, explicam Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga (2007, p. 571) que, “embora previsto como parágrafo do art. 273, não se trata de regra relacionada à antecipação dos efeitos da tutela, mas, sim, de permissão para decisão *definitiva* sobre parcela do mérito da causa”.

Com efeito, a decisão que reconhece a procedência de parte dos pedidos

caracteriza-se, não como decisão interlocutória, mas, revestindo-se de todos os seus requisitos, como sentença.

Neste sentido:

Não se pode concordar com o entendimento no sentido de que, apesar de julgar o mérito da causa, de fazê-lo em cognição exauriente, de não precisar ser confirmada por sentença, de formar coisa julgada material, se trata de decisão interlocutória. (ARAÚJO, 2011, p. 118)

Assim, e considerando-se que resolve apenas parcela do mérito da demanda, forçoso reconhecer o que a doutrina processualista costuma denominar sentença parcial, como arremata Luciano Vianna Araújo:

Por esse motivo, irrevogabilidade, deve-se, também, definir a decisão, proferida com base no § 6º do art. 273 do CPC, como sentença parcial, na medida em que julga apenas um dos pedidos ou parte deles formulados pela parte. (2011, p. 118)

Tal diferenciação quanto à natureza jurídica do provimento, por óbvio, afetará de forma relevante o tratamento dado pelo ordenamento jurídico, em especial quanto aos meios de impugnação endoprocessuais. Contudo, por fugir à proposta do presente trabalho, reserva-se à discussão do tema, eventualmente, em outra sede.

5.2 TUTELA ANTECIPADA E CONTRADITÓRIO DIFERIDO

O procedimento ordinário para concessão da antecipação dos efeitos da tutela é após a oitiva da parte a quem a medida desaproveita, sobretudo em homenagem ao direito ao contraditório. Trata-se, pois, de dar à parte contrária a possibilidade de discutir o suposto preenchimento dos requisitos legais com vistas a influenciar a margem de atuação do magistrado.

Assim, o juiz, em que pese analisar o mérito da lide em sede de cognição perfunctória – é dizer, limitado quanto ao plano vertical –, na medida em que pode não residir nos autos arsenal probatório apto à formação de um juízo de probabilidade mais próximo ao índice de certeza pretendido –, trata da matéria, em regra, de forma plena, quanto à sua extensão – plano horizontal –, de sorte que imprescindível a oitiva dos argumentos de ambos os litigantes.

Ocorre, todavia, que, não raro, a urgência na efetivação da tutela jurisdicional ou o risco de tornar-se ineficaz reclamam uma decisão imediata do magistrado. Vale dizer, é possível que o próprio aguardo do perfazimento do procedimento de citação

e espera do prazo para apresentação da peça resistencial constitua lapso temporal suficiente para causar ao postulante dano irreparável ou de difícil reparação; bem como a oitiva prévia do demandado pode esvaziar ou frustrar a efetividade do provimento requestado.

Trata-se, eminentemente, de hipótese de antecipação dos efeitos da tutela assecuratória (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 558), eis que intrínseco à natureza premente do provimento, tanto mais porquanto a antecipação de tutela sancionadora (art. 273, II do Código de Processo Civil) exige a observância de requisitos incompatíveis com a liminariedade – abuso do direito de defesa e adoção de expedientes protelatórios.

Nestes casos, diante do claro abalroamento concreto de direitos fundamentais de eficácias opostas, dever-se-á socorrer novamente ao método ponderativo de resolução de conflito de normas, em especial à luz dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, de modo a se extrair uma conclusão apta a autorizar a inversão pontual do contraditório.

Neste sentido:

Por vezes, o direito à proteção jurisdicional provisória comanda que a tutela seja ordenada sem respeitar o contraditório, quando a urgência é particularmente premente ou quando existe o risco de que esta proteção se torne ineficaz caso o demandado seja informado. Excepcionalmente, admite-se que a tutela seja concedida sem a ouvida da parte contrária, quando o autor provar que a celeridade procurada é incompatível com a organização de um debate em contraditório, devendo-se sempre motivar a postergação do contraditório, que deverá posteriormente ser restabelecido, seja com a simples possibilidade aberta às partes, seja com a concessão de prazo às partes, findo o qual, não instaurado o contraditório, a tutela caduca. (CHAINAIS *apud* PAIM, 2012, p. 98)

Igualmente se posiciona Luiz Guilherme Marinoni:

Acontece que determinadas situações, ou certos direitos, exigem uma resposta jurisdicional que confira imediatamente o bem da vida procurado pela parte. Dessa forma, não há como não admitir, para esses casos, uma limitação do contraditório, concebendo-se um julgamento baseado em alegações e provas que sejam compatíveis com a urgência que legitima a tutela, pospondo-se a forma plena do contraditório. (2002, p. 48)

Neste espeque, não se há de imputar à decisão qualquer pecha, inclusive de eventual nulidade, sobretudo porquanto não há supressão do direito de defesa do Réu, mas, tão somente, a efetivação do provimento em momento anterior à resposta para que se possa manter incólume o interesse protegido.

É dizer, trata-se de técnica processual para efetivação do provimento judicial à luz dos reflexos do tempo no processo, mas observado o direito constitucional ao contraditório, em que pese protraído no tempo.

Oportuno, pois, transcrever:

O contraditório sempre prévio acaba por propiciar ao demandado toda sorte de possibilidades, deixando, muitas vezes, de servir ao propósito de contribuir com a formação do convencimento do julgador para dilatar e tumultuar o processo, com discussões eventualmente desnecessárias e, inclusive, em razão do princípio da eventualidade, com defesas contraditórias. (PAIM, 2012, p. 163)

A seu turno, acaba-se por prestigiar, dentro da análise do balanceamento de interesse, a própria efetividade do processo e das decisões judiciais, em detrimento ao caráter absoluto do contraditório que, por uma questão de conformidade de interesses, será observado em momento posterior.

Ademais, tal provimento antecipatório ficará ainda, não só sujeito a recurso imediatamente cabível – no caso, agravo na forma instrumental³⁴ –, como submetido à apreciação final do mérito da causa, ocasião em que, à luz de todas as provas produzidas ao longo da instrução processual, poderá o magistrado visitar a questão, conferindo-lhe outro entendimento, desta vez em cognição exauriente e, portanto, vestindo a decisão de potencial perpetuação.

Cumpra ainda, nesta senda, consignar o que adverte Nicolò Trocker:

Entretanto, tratando-se de ingerência na esfera jurídica de outra parte, a limitação da regra geral do contraditório prévio deve ocorrer apenas quando indispensável para o alcance do escopo do provimento jurisdicional, preenchendo determinados pressupostos e assegurando à outra parte a possibilidade de defender-se posteriormente por meio da instauração de um regular contraditório diferido. (*apud* PAIM, 2012, p. 102)

Deveras, consistindo a antecipação *inaudita altera parte* dos efeitos da tutela em medida justificada apenas diante da premência da execução do provimento judicial ou do risco de ineficácia caso precedida da ouvida do demandado, não há admitir que se conceda a tutela antecipada de forma indiscriminada, ainda que aparentemente preenchidos os requisitos de sua concessão *prima facie*, eis que situação excepcional.

³⁴ Cuidando a espécie de decisão cuja eficácia se externaliza de forma imediata, presume-se a existência de impacto negativo *incontinenti* na esfera de direitos da parte a quem desfavorece o pronunciamento de mérito interlocutório, a reclamar, em caso de irresignação, a pronta análise do órgão jurisdicional *ad quem* acerca da questão.

É dizer, dentro das condições ordinárias, há de ser sempre outorgado ao demandado o direito de resposta anterior à efetivação da medida, porquanto garantia constitucional, que não pode ser afastada sem critérios, mas apenas quando para homenagear valor jurídico de maior relevância no caso concreto.

5.2 TUTELA ANTECIPADA E CONTRADITÓRIO EVENTUAL. POSSIBILIDADE DE PERPETUAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO PAUTADA EM JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA

Como esposado alhures, em que pese fundar-se em cognição de menor profundidade que aquela desenvolvida nos procedimentos plenários – notadamente após a instauração de uma completa fase instrutória, o magistrado aprecia todas as questões passíveis de argumentação no caso concreto – cognição ampla. Assim, acaba o juiz decidindo sobre todo o mérito da demanda, malgrado com base em juízo de verossimilhança.

Todavia, malgrado o procedimento da antecipação dos efeitos da tutela encontre guarida na sumariedade – técnica procedimental de salutar importância para a efetivação da efetividade da justiça, como debatido no item 4.4, *supra*, ao qual se remete o leitor –, em seu aspecto material, esta, por provisória, remanesce sempre condicionada à decisão definitiva posterior, na qual será revisitada pelo órgão jurisdicional.

Ocorre, nesta senda, que, não raro, a decisão provisória costuma ser a final posição do magistrado sobre a lide, bem como se tem, estatisticamente, pouca modificação dos julgados singulares pelos órgãos colegiados³⁵, de sorte que parece razoável, em alguns casos – evidentemente sem descuidar da garantia à ampla defesa e ao contraditório –, oportunizar a perpetuação da decisão inicialmente precária e inapta à formação da coisa julgada material.

³⁵ Para ilustrar a conclusão que inevitavelmente se extrai de forma empírica por quem habita o cotidiano forense, oportuno transcrever:

“Em pesquisa realizada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, verificou-se que, no ano de 2000, foram interpostas 8072 recursos contra tais sentenças. Assim, é possível dizer, conforme demonstra pesquisa que foi realizada por CLEIDE KAZMIERSKI e ROBERTO DEL CLARO, que 80% das sentenças foram mantidas apesar dos recursos. Ora, desejar que a sentença produza efeitos apenas após ter sido confirmada pelo tribunal (como é a regra no direito brasileiro) é esquecer que grande parte dos recursos presta-se a protelar a realização dos direitos, prejudicando o autor que tem razão.” (MARINONI, 2002, p. 51)

Neste esboço, oportuno transcrever:

[...] para que se atenuem o alto custo da longa duração processual e não se perenizem as pendências submetidas ao crivo do Poder Judiciário, necessário que se admitam juízos calcados na aparência e na verossimilhança, acabando com a lógica de que somente um duradouro processo plenário seria possível, tendo em vista a maior razoabilidade da tutela de um provável direito que a manutenção de um improvável. (PAIM, 2012, p. 26)

Deveras, após a obtenção da tutela pretendida, encerra-se para o autor o interesse no processo, na medida em que visava apenas à satisfação do direito violado pelo demandado, eis que impossível a resolução da lide sem o processo judicial, de modo que não parece justo continuar-lhe impondo o ônus de diligenciar o prosseguimento do feito, em seus ulteriores termos. N'outro giro, parece que interessa ao réu, sucumbente na decisão provisória, a obtenção da sua desconstituição, a partir de nova decisão que extirpe os seus efeitos.

Entretanto, acontece que nem sempre vislumbra o demandado a real possibilidade de reverter o entendimento anterior desfavorável, de modo que, normalmente, prossegue no feito porque instado a fazê-lo, deduzindo resistências que, por vezes, já pré-julga improcedentes, apenas por força do princípio da concentração da defesa, e com o fito de retardar a prestação jurisdicional definitiva; mas que, se lhe fosse imposto o ônus de movimentar a máquina estatal para obter uma declaração que infirme a decisão provisória, talvez não o fizesse.

Nesta esteira, apresenta-se como salutar para concretização da relação jurídica, desde que inertes as partes, conferir definitividade à decisão que, por essência, seria provisória, posto que apreciada a questão meritória de acordo com o que presente nos autos, e, ainda que à revelia de uma instrução exauriente, apresentasse de acordo com a provocação formulada pela parte cujo interesse fora lesado.

Assim, uma vez proferida uma decisão que entregasse de forma antecipada o bem da vida requestado pelo demandante, ainda que sem a oitiva do réu, em que pese inicialmente precária, esta poderia se tornar definitiva caso a parte prejudicada não provocasse o Estado-Juiz a modificá-la. É dizer, conferir-se-ia um prazo para que o sucumbente instasse o Poder Judiciário a prosseguir com a demanda, visando à obtenção de uma declaração judicial em sentido contrário, sob pena de estabilização da decisão sumária. Trata-se, pois, da efetivação de um contraditório em caráter eventual.

Cumprido ressaltar que não se estaria, a todas as luzes, mitigando o direito à ampla defesa e ao contraditório, na medida em que sempre seria oportunizado ao réu opor-se à decisão, seja pelo prosseguimento do feito – se decisão proferida por provocação em caráter incidental –, seja pela propositura de ação autônoma, de cognição plena – se decisão proferida por provocação em caráter preparatório.

Sobre a questão em cotejo, bem como quanto ao caráter positivo na solução apresentada, manifesta-se Gustavo Bohrer Paim:

O fato de a decisão provisória ser concedida em prazos curtos e de forma imediatamente executiva contribui à qualidade da justiça, vista sob o ângulo da efetividade. O caráter sumário do procedimento é compensado pela sua provisoriedade, permitindo às partes a continuidade da lide em um processo de fundo, caso não se satisfaçam com a decisão provisória. A decisão provisória não se tornará definitiva se as partes não quiserem. (2012, p. 156)

E prossegue o ilustre doutrinador:

Na estabilização da tutela antecipada, não haveria supressão do contraditório, que apenas se tornaria eventual, sendo que a defesa do demandado poderia se tornar causa de pedir de uma ação plenária. Em vez de a demanda dividir-se em duas fases, sendo a primeira interina, com contraditório diferido, dividir-se-ia em duas ações, conferindo-se autonomia a esta primeira fase, e invertendo-se o contraditório em relação à propositura da segunda. (2012, p. 163)

De fato, está-se apenas invertendo o ônus de diligenciar o andamento do processo para atingir aquele que se encontra em posição de desconforto, distribuindo-lhe de forma mais igualitária, bem como reduzindo a litigiosidade, na medida em que, da mesma forma que o autor apenas instaura demandas judiciais quando acredita na consecução do direito, apenas se oporia o réu quando igualmente vislumbrasse a possibilidade de reforma da decisão desfavorável, sobretudo considerando-se o cumprimento da medida antecipatória, que, por essência, se executa de imediato.

De fato, de um lado pode facilmente acontecer que a parte que obteve o provimento antecipado fique satisfeita com o resultado obtido (que consiste na efetiva atuação prática de seu direito) e não sinta necessidade de obter, também, uma sentença passada em julgado; de outro lado, é possível que a parte contrária, depois de ter sido obrigada ao cumprimento, se resigne a este resultado e não tomar iniciativa no intento de fazer decair o provimento antecipado e obter uma restituição. (RICCI, 1998, p. 90)

De igual modo, criar-se-ia um especial ensejo para a diminuição da apresentação de expedientes resistenciais meramente protelatórios, na medida em que, não só os efeitos da tutela jurisdicional já foram executados, e com potencial definitividade, como competirá ao requerido diligenciar uma resposta judicial em sentido oposto, o

que, por vezes, pode não ser estrategicamente mais viável.

Neste sentido, posiciona-se Enrico Tulio Liebman:

Com êsse sistema contornam-se todos os processos nos quais o próprio devedor não encontraria questões a suscitar; e o ônus, que se lhe irroga, de propor o processo de cognição, suprime numerosas contestações infundadas, que se o citassem em juízo, teria formulado com ânimo exclusivamente dilatatório. (*apud* PAIM, 2012, p. 164)

Ademais, tem-se que, por força do princípio da inércia da jurisdição, a máquina judiciária só irá se movimentar caso as partes provoquem a resposta jurisdicional do Estado. Com efeito, se podem os litigantes simplesmente não procurar o Judiciário, mesmo havendo a lesão ao direito – sobretudo em se tratando de direitos disponíveis – ou levar a lide à apreciação de um árbitro, parece razoável que possam também dispor da continuidade do processo, quando a decisão já se afigura suficiente para resolução da controvérsia.

Nesta esteira, explica Ricardo de Barros Leonel:

Eis a ideia que está latente na proposta: o processo de desenvolve em regime de direito público, não há dúvida. Mas a jurisdição não se exerce de ofício, dependendo da propositura da demanda do interessado, que pode, inclusive, desta desistir antes da sentença de mérito. Assim, não nos deve causar perplexidade o estabelecimento da possibilidade de formação de coisa julgada superficial, se os próprios interessados concordarem com tal solução, ao não promoverem a demanda (no caso de antecipação concedida de forma preparatória), ou não insistirem no prosseguimento do feito para julgamento do mérito (no caso da antecipação incidental). (2010, p. 175)

Da mesma forma, é certo que, para a própria admissão da demanda, deverá o juiz observar o interesse processual da parte, como condição da ação prevista no art. 3º³⁶ e art. 267, VI³⁷ do Código de Processo Civil. Assim, não seria exagero considerar que a inércia das partes após a prolação de decisão que efetivamente examina a questão de fundo, em que pese perfunctoriamente, signifique que não remanesce interesse processual na resposta jurisdicional – ou, causa de ausência de interesse processual superveniente ou recíproco, porquanto rompe o próprio conceito de lide, enquanto pretensão resistida.

Destarte, parece atentar contra o princípio da economia processual que se imponha

³⁶ Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

³⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

às partes a continuação de um processo plenário pela busca por uma verdade processual que já não mais interessa, se já decidida a contento a demanda dentro do âmbito objetivo dos requerimentos formulados pelas partes.

Recorrendo-se ao direito comparado, observa-se que situação já se encontra presente em alguns ordenamentos. “No Direito Francês, por exemplo, é possível que, graças à inércia das partes, o provisório subsista indefinidamente, mormente quando as tutelas ordenadas tenham um conteúdo de satisfação antecipada” (CHAINAIS *apud* PAIM, 2002, p. 156).

No Brasil, um passo inicial foi dado em sentido similar ao *référé* francês³⁸, a partir do Projeto de Lei nº 186/2005, de iniciativa teórica dos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, e patrocinada, no processo legislativo, pelo Senador Antero Paes de Andrade. (PAIM, 2012, p. 159)

O reportado projeto previa o acréscimo dos arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao Código de Processo Civil, alterando o procedimento da antecipação dos efeitos da tutela para fins de abarcar a possibilidade da inércia das partes conduzir à formação de coisa julgada material sobre a decisão sumária. Contudo, o processo legislativo foi interrompido com o arquivamento do Projeto de Lei, por força do término do mandato do seu autor no Senado Federal, em que pese a ideia central do instituto ter servido de base para a regulação da matéria no projeto do novo Código de Ritos (PAIM, 2012, p. 159).

No entanto, quanto à aludida inversão que se perpetraria, notadamente quanto à matéria de defesa como causa de pedir da ação plenária posterior, em que pese a estranheza que, aparentemente, possa, *prima facie*, causar, tal situação revela-se já presente no ordenamento pátrio em alguns procedimentos – pelo que já não tão distante da atual realidade –, como, por exemplo, na defesa do executado por título extrajudicial, na medida em que igualmente veicula sua resistência por intermédio de ação autônoma, caso não aceite a pretensão exequenda.

Do mesmo modo, o procedimento especial da ação monitória prevê a instauração do

³⁸ Denominação do instituto no direito francês, que, guardadas as suas peculiaridades, como a formação de uma coisa julgada *au provisoire* – não uma coisa julgada material –, possui similaridade à proposta apresentada ao ordenamento brasileiro, contemplando as ideias ora debatidas (PAIM, 2012, p. 159)

contraditório apenas no caso do demandado intentar os embargos monitórios. Em caso negativo, constituir-se-á de pleno direito o título executivo em favor do autor.

Neste sentido:

[...] a ideia do projeto de estabilização da tutela antecipada, com a inversão do contraditório, possui certa semelhança com as ações monitórias, de natureza injuncional, havendo exemplo tanto no direito brasileiro, como em inúmeros ordenamentos, podendo-se citar a *ingiunzione* italiana e a *injonction de payer* francesa. (PAIM, 2012, p. 169)

Ainda, aponta Kazuo Watanabe (2012, p. 126, 127) outro exemplo patente de adoção do contraditório eventual no ordenamento pátrio, qual seja, a ação de prestação de contas por quem se julga no direito de exigi-las. De fato, poderá haver a supressão de toda uma fase do procedimento de acordo com a postura adotada pelo réu, na medida em que a lei lhe faculta duas opções: prestar as contas ou contestar a demanda, a teor do art. 915 do Código de Processo Civil³⁹.

Com efeito, a hipótese de estabilização da tutela antecipada apenas cuidaria de uma expansão do que, hodiernamente, é exceção; tornando-se, pois, regra – como, deveras, já ocorrera com o próprio instituto da antecipação dos efeitos da tutela, conforme esposado no item 5.1.1, ao qual se remete o leitor. Assim, abarcar-se-ia a possibilidade de tornar-se definitiva a decisão fundada em juízo de verossimilhança em qualquer caso em que inertes as partes a quem a decisão desfavorece – o réu, em sendo total a antecipação; e ambos os litigantes, em sendo deferida a medida antecipatória apenas parcialmente.

Parece, todavia, que eventual aversão à proposta diz respeito sobretudo à quimera de que a instrução desenvolvida no processo conduz a um juízo de certeza sobre o suporte fático objeto da demanda, considerando-se que ordenamento jurídico não poderia se contentar com uma decisão proferida com base em mera verossimilhança, mas apenas com a verdade.

Deveras, malgrado provisória – por força de política legislativa –, a decisão que antecipada os efeitos da tutela jurisdicional já se afigura provimento de mérito, de modo que ela já está revestida, teoricamente, de condição de formar coisa julgada, ao menos no que toca o aspecto da resolução do conflito concreto, não fosse a

³⁹ Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.

superestima da utópica busca pela verdade.

Diz-se, de fato, utópica, porque nem o moroso procedimento plenário, e mesmo com a produção de todos os meios de prova permitidos em Direito, é capaz de afastar consequência inevitável do processo de conhecimento tocante às ciências humanas, qual seja, a subjetividade. Deveras, há muito, em hermenêutica jurídica, já se superou a ideia iluminista-liberal de que o ponto crucial de conhecimento do objeto estava nele próprio, como uma verdade semântica inerente à sua existência; mas sim seu significado deriva, inexoravelmente, de uma construção a partir da interação entre o sujeito e o objeto, baseado, inclusive, em pré-compreensões e valores que permeiam o intérprete.

E isso diz respeito tanto à interpretação das normas jurídicas como das provas disponíveis nos autos. Com efeito, a todas as luzes, em sede de relações interpessoais não se pode falar em verdade, ou existência de resposta única no sistema, mas em opiniões sobre determinada questão, tão variáveis quanto varie o observador.

Neste sentido:

[...] o processualista clássico mistificava as funções do processo e do juiz, afirmava-se (porque imaginava-se que isso fosse possível) que o juiz somente podia julgar após ter encontrado a “verdade”. Contudo, sabe-se, atualmente, que a busca da “verdade” é uma ilusão, e que o juiz pode julgar apenas com base na “verdade” que deflui do processo (ainda que se admita que ele tem o poder de determinar provas sem o requerimento da parte). Se é certo que o juiz somente pode proferir a sua decisão final, concedendo, se for o caso, a tutela, após as alegações e provas que as partes tiverem, isso não significa que ele, nesse caso, tenha encontrado a “verdade”. Na realidade, se o sistema realmente acreditasse na ideia de que o juiz encontra a “verdade”, ele não teria se apressado em admitir a ação rescisória em razão de ter a decisão, já transitada em julgado, baseado-se em prova falsa (art. 485, VI, do CPC). (MARINONI, 2002, p. 48)

Deveras, a própria principiologia da jurisdição brasileira, baseada na indeclinabilidade da jurisdição e na vedação ao *non liquet*, por meio das quais o juiz não pode se negar a decidir por não estar o caso suficientemente claro, ou por haver lacunas ou obscuridades no ordenamento, a teor do art. 126 do Código de Processo Civil⁴⁰, implica, necessariamente, que o juiz decida em todas as situações; é dizer, inclusive quando não tiver certeza.

⁴⁰ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Destarte, porque baseado em interpretações procedidas subjetivamente, a partir de uma construção em que o texto literal da lei e o caderno processual são apenas o ponto de partida, verifica-se que o magistrado sempre atuou – ainda que, para fins da importante manutenção do discurso em prol da segurança jurídica à época das revoluções liberais, não se admitisse – com base em juízo de verossimilhança. Vale dizer, um pouco mais provável ou um pouco mais remoto, a depender do caso concreto, forçoso reconhecer que as decisões judiciais se baseiam sempre em análise de probabilidades.

Nesta esteira, assevera Sérgio Cruz Arenhart:

A doutrina processual precisa superar esta visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá ela aceitar reformas profundas nos axiomas processuais, a fim de garantir a efetividade do processo. É preciso convencer os processualistas de que a descoberta da verdade é um mito e de que o processo trabalha, de fato (e sempre trabalhou, embora veladamente) com a verossimilhança e com a argumentação. WACH, aliás, já notara isto, afirmando que a finalidade do processo civil jamais poderia ser a comprovação da verdade (2012, p. 20)

Em outro contexto, mas em igual direção, leciona Maria Rita de Carvalho Melo:

A experiência profissional nos tem mostrado que, na prática, salvo casos especiais, nenhum magistrado pode dedicar um longo tempo para se debruçar no estudo de um único processo. Na verdade, é notório que o juiz acaba lendo as principais peças dos autos, como a inicial e a contestação, se atendo principalmente aos documentos, não sendo absurdo dizer que, excluindo alguns ramos do direito, como por exemplo o direito de família, as provas obtidas na instrução, excluindo-se a prova pericial, são hoje bem pouco valorizadas, justamente pelo fator incerteza da prova oral (testemunhal e depoimento pessoal).

O processo, às vezes, se arrasta por anos, no aguardo da instrução probatória, visando “em tese” a uma cognição mais aprofundada, sendo que, na realidade, na maioria dos casos, as principais provas já foram produzidas pelo autor com a inicial e pelo réu com a defesa, face ao princípio da concentração da defesa, ou seja, antes da decisão saneadora.

[...]

Assim, nos parece que a propagada cognição completa está se tornando mais rarefeita, já que na prática, e na maioria dos casos, a análise do juiz acaba se tornando semelhante à cognição sumária. (2010, p. 37)

Com efeito, se já se julga rotineiramente com lastro em juízo de verossimilhança – ou probabilidades – não parece razoável, senão por mero purismo e formalismo hipócritas, qualquer discriminação tendente a repudiar a proposta de oficialização de tal procedimento. É dizer, é tornar de direito, o que já se afigura de fato; a partir do que o conceito de perpetuação dos efeitos da tutela antecipada se implementaria, com potencial a firmar-se imutável, em especial quando inerte a parte *a priori* prejudicada.

De fato, a verdade mítica como até então institucionalizada conspira tão somente contra a efetividade e a celeridade do processo, tanto mais porquanto não serve ao seu propósito primordial – o descobrimento da verdade –, mas traz ao feito formalidades e concatenação de atos processuais em cadeia que atrasam a resposta jurisdicional.

Neste sentido:

[...] o mito da verdade substancial tem servido apenas em desprestígio do processo, alongando-se em nome de uma reconstrução precisa dos fatos que é, em verdade, impossível. Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do juiz no processo, o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito). (ARENHART, 2012, p. 12)

Outrossim, a observância da ordinariedade do processo plenário não sugere, necessariamente, que não haverá um erro na apreciação do juiz sobre os fatos e as normas jurídicas aplicáveis à espécie, tanto que o próprio ordenamento jurídico prevê métodos de controle endoprocessual e exoprocessual da legitimidade das decisões, como a existência de meios de impugnação (recursos, mandado de segurança, ação rescisória, etc.) e a necessidade de fundamentação dos julgados.

Ademais, o privilégio à cognição sumária não importaria, a todas as luzes, na redução da segurança jurídica, notadamente porquanto apenas cristalizar-se-ia a coisa julgada sobre a decisão provisória quando inerte o demandado, conferindo eloquência ao seu silêncio, de sorte que a não apresentação de oposição revelaria um consentimento tácito com a solução proposta em apreciação rasa pelo julgador.

Com efeito, ilegalidade – ou inconstitucionalidade – alguma há na proposta de possível estabilização da decisão proferida em caráter provisório; ao revés, termina por premiar os próprios princípios informadores do processo em uma leitura sistemática:

[...] trata-se de verdadeira homenagem ao devido processo legal, tendo em vista o cumprimento da garantia constitucional da duração razoável do processo, garantindo um processo justo e uma tutela efetiva, adequada e tempestiva.

[...]

Trata-se de previsão constitucional, até mesmo pelo respeito à efetividade, erradicando as desigualdades materiais, permitindo um processo de resultados, com uma duração razoável, repartindo o ônus do tempo no processo. (PAIM, 2012, p. 190)

Cuida-se, pois, de uma distribuição racional do ônus processual quanto ao seu

diligenciamento – como já ocorre com a sistemática de divisão do ônus da prova, inclusive com ferramentas aptas, em alguns casos, a inverter a regra ordinária – segundo o interesse determinante das partes. É dizer, se exige o ordenamento jurídico do autor a iniciativa da propositura da demanda, forte no princípio da inércia da jurisdição, estar-se-ia, após a satisfação do direito do postulante, incumbido o réu o ônus de provocar o Judiciário, caso desejado, para obter uma tutela jurisdicional apta a reformar a decisão que lhe fora desfavorável.

Destarte, parece salutar que haja uma boa recepção da proposta da estabilização da antecipação da tutela pela legislação pátria, com vistas a garantir a real efetividade das decisões judiciais, bem como o pleno atendimento ao direito ao acesso à Justiça.

6. CONCLUSÃO

Na busca de se estudar a árdua tarefa de se conformar uma tutela jurisdicional segura, mas também efetiva e tempestiva, o trabalho chega a algumas conclusões, refletindo o posicionamento da parte da doutrina, em cada questão específica, que parece, ou mais sensato e juridicamente técnico, ou, ao menos, mais adequado à realidade brasileira.

Nesta senda, constata-se que o tempo produz diversas interpretações a depender da situação de maior ou menor conforto em que possa estar inserido o observador, de sorte que, diante de situações de possível ocorrência de danos potencialmente irreversíveis, provoca o simples inexorável decurso do tempo reflexos negativos, de sorte que a premência pode constituir elemento intrínseco à postulação essencial, sob pena de inutilidade ou perecimento da tutela jurisdicional ulterior.

Assim, sobretudo à luz do direito ao acesso à Justiça em sentido substancial, bem como forte na ideia do processo como ferramenta ética apta a assegurar o direito material de forma efetiva, sem dilações indevidas, busca o ordenamento jurídico pátrio formas de imprimir celeridade na concessão da tutela jurisdicional pretendida, como a concernente à antecipação dos efeitos da tutela, prevista, de forma genérica, no art. 273 do Código de Processo Civil, inclusive possibilitando o exercício do contraditório em momento ulterior.

Ocorre que, uma vez antecipados os efeitos da resposta jurisdicional que se espera, passa a carecer de interesse o autor em diligenciar o prosseguimento do feito, de modo que se faz apresenta mais razoável uma melhor distribuição deste ônus entre as partes, segundo os seus interesses no processo, ensejando, inclusive, a possibilidade de perpetuação da decisão, a princípio provisória, eis que fundada em juízo de mera verossimilhança, diante da inércia das partes.

Neste espeque, insta salientar que a decisão antecipatória, malgrado, por política legislativa, não seja formalmente apta à formação da coisa julgada, é-o materialmente, na medida em, analisando a questão de fundo da demanda, resolve a lide. Assim, se de acordo com a vontade das partes, parece conspirar contra a economia processual impor-se aos litigantes que persistam no processo plenário em busca de nova decisão para substituir aquela já suficiente a regular, em

concreto, a situação jurídica do objeto litigioso.

Desta forma, procura-se, garantindo o contraditório posterior, caso haja interesse na oposição, a pronta efetivação do direito material protegido, inclusive contornando-se diversas questões quanto à participação dos litigantes no processo, notadamente porquanto, não raro, vê-se prosseguir em lides intermináveis órfã de qualquer fundamento, apenas porque previsto tal procedimento na legislação processual.

Outrossim, a ideia de um procedimento sempre plenário funda-se em um conceito de objetivo do processo civil que já não se pode mais acolher, porquanto, em que pese salutar, em tempos pretéritos, para afirmação do Estado de Direito em face ao jusnaturalismo, não corresponde, a todas as luzes, à realidade.

De fato, o processo propicia ao magistrado uma construção de um conhecimento, em que o texto literal da lei e as provas produzidas nos autos se afiguram meros pontos de partida, a partir do que se construirá a convicção judicial de modo eminentemente subjetivo, com inevitável interação entre o intérprete e o objeto, tudo a apontar a inexistência de uma única resposta correta ou a reconstrução de uma verdade absoluta.

Destarte, por fim, superando-se o dogma de que as decisões judiciais são pautadas em juízo de certeza, mas, na verdade, o são em nada mais que verossimilhança, chega-se à conclusão de que evitar a institucionalização de hipótese de formação de coisa julgada de decisão lastreada em cognição rasa é tão somente insistir em um purismo formal hipócrita, que já não cabe mais na atualidade. Assim, passa-se a enxergar a estabilização da tutela antecipada, não mais como um extraterrestre, mas como uma importante ferramenta de satisfação racional e efetiva da tutela jurisdicional face às intempéries forenses e temporais.

É que a tempestividade da resposta jurisdicional é medida relevante não apenas nos casos de urgência – quando absolutamente imprescindível –, mas em todas as demandas, porquanto só há justiça quando há efetividade do provimento judicial, e, na linha do tempo, entre a lesão ao direito e a sua reparação judicial, só assiste a injustiça.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?**. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Direito e Processo – Técnicas de Direito Processual)
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sérgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sérgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)> Acesso em: 18 jul. 2012.
- ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. ampl. e atual. Brasil: Malheiros, 2007.
- _____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, nº 17. Salvador: 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, nº 09. Salvador: 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COSTA, Fábio Silva. **Tutela antecipada**: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. rev., amp. e atual. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Editora Forense, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004

FERRARI, Katharina Maria Marcondes. **O princípio da razoável duração do processo e os prazos para a emissão dos pronunciamentos do juiz**. Jus Navigandi. ano 11. n. 1136. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8778>>. Acesso em: 21 jan. 2012. Teresina: 2006.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. vol. II: Teoria das obrigações. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de da Universidade Federal do Paraná**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32905-41006-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2012. Curitiba: Gênese, 2002.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**. 2003.

_____. **Antecipação da tutela**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos atuais da tutela antecipada**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 8 ed., rev., ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da Tutela Antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PINHO, Judicael Sudário de. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade. **Themis: Revista da ESMEC**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18357>>. Acesso em: 05 set. 2009. Fortaleza: 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RICCI, Edoardo. **Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, 1998.

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

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____. **Verdade e significado**. Disponível em:

<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovídio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovídio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)> Acesso em: 18 jul. 2012.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.