

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

**TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA,
ATRAVÉS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA,
E O DIREITO À AMPLA DEFESA**

Carlos Agostinho Tagliari

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel. Orientador do presente trabalho monográfico: Prof. Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA

2001

TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA, ATRAVÉS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, E O DIREITO À AMPLA DEFESA

por

Carlos Agostinho Tagliari

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel, no curso de graduação em direito, pela Comissão formada pelos professores:

Prof. Luiz Guilherme Marinoni: _____
(Orientador)

Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho: _____

Prof. Sérgio Cruz Arenhart: _____

*"A justiça encerra todas as virtudes.
A virtude da justiça é a essência da sociedade civil".*
**(Aristóteles. A Política, tr. Nestor Silveira
Chaves, 4ª ed., São Paulo, Atena, 1955)**

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO p. 01

Capítulo I - DA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA

1. OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO..... p. 03

2. ADEQUAÇÃO E EFICÁCIA DO PROCESSO E DA TUTELA JURISDICIONAL: A BUSCA POR UMA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA..... p. 11

Capítulo II - DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

1. A TUTELA ANTECIPATORIA..... p. 29

2. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO..... p. 34

Capítulo III - DO DIREITO À AMPLA DEFESA

1. AMPLA DEFESA: PRINCÍPIO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO..... p. 40

2. COMPREENSÃO E ANÁLISE CRÍTICA DA AMPLA DEFESA p. 42

3. EFETIVIDADE E PLENITUDE DA AMPLA DEFESA..... p. 47

Capítulo IV - TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA, ATRAVÉS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

1. ANÁLISES CONCLUSIVAS..... p. 50

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... p. 55

ÍNDICE..... p. 62

RESUMO:

Trata-se de um trabalho monográfico escrito com o escopo de serem atingidas conclusões de caráter instrutivo a respeito da intrigante questão envolvendo o confronto entre os direitos constitucionalmente assegurados à *tutela jurisdicional tempestiva* e à *cognição definitiva, à certeza (direito à ampla defesa)*, destacando-se o instituto da antecipação da tutela como instrumento processual que figura no núcleo deste conflito. Para tanto, é abordada a questão envolvendo os escopos da jurisdição, destacando-se a necessidade de existência de processos capazes de proporcionarem ao Estado o oferecimento de uma tutela jurisdicional tempestiva aos seus jurisdicionados. São expostos os principais motivos que impossibilitam a real efetividade do processo e, conseqüentemente, o devido acesso à justiça. E destaca-se, ainda, o fator tempo como o mais grave destes motivos, principalmente por gerar uma desigualdade no processo, já que o ônus do tempo é suportado unicamente pelo autor. Em seguida, é realizada uma abordagem detalhada do instituto da antecipação da tutela e de sua importante função instrumental para que os processos judiciais sejam realmente efetivos, partindo-se, então, para a análise do contraponto formado pela ampla defesa, onde se aponta que este princípio constitucional possui na sua base de sustentação a garantia fundamental e genérica da igualdade. Analisadas estas questões, passa-se então ao capítulo conclusivo, onde se destaca que a ampla defesa, apesar de possuir o princípio da igualdade em sua base de sustentação, pode ser a causa de uma desigualdade no processo quando o autor carece de uma resposta urgente. Nestes casos, portanto, é legítima e necessária sua restrição, através da correta utilização do instituto da antecipação da tutela, instrumento processual capaz de restaurar a igualdade no processo e permitir ao Estado o oferecimento de uma tutela jurisdicional tempestiva sem que, no entanto, a Carta Política seja lesada no que tange ao consagrado princípio constitucional da ampla defesa.

RÉSUMÉ:

Il s'agit d'un essai qui poursuit le cible d' avoir des conclusions instructives sur l'intrigant sujet de l'opposition entre les droits constitutionnellement assurés à une *tutelle juridictionnel en temps utile* et à la *cognition définitive, à la certitude (droit à la pleine défense)*, en se détachant l'institute de l'anticipation de la tutelle comme instrument du procès qui est le noyau de ce conflit. Ainsi, il est abordée la question sur le point de vue de la juridiction, en se détachant le besoin des procès capables de permettre à l'État offrir une tutelle juridictionnel opportun aux parts. Ils sont exposés les principaux motifs qui empêchent une proceddure réelement effective et, par conséquence, le correct accès à la justice. Et on met en évidence, encore, le facteur temps comme le plus grave de ces motifs, principalement pour produire une inégalité dans la procedure, puisque la charge du temps doit être supportée uniquement par l'auteur. Ensuite, il est réalisée une abordage détaillée de l'institute de l'anticipation de la tutelle et de son importante fonction instrumentale pour que les procédures soient réelement effectives, en partant, alors, pour une analyse du contrepoint formé pour la pleine défense, on indique que ce principe constitutionnel possède comme soutènement la garantie fondamentale et générique de l'égalité. Ayant été analysées ces questions, on se passe donc au chapitre conclusif, où on détache que la pleine défense, malgré posséder le principe de l'égalité comme soutènement, il peut être la cause d'une inégalité dans la procédure quand l'auteur a besoin d'une réponse urgente. Donc, dans ces cas, il est legitime et nécessaire sa restriction par la correcte utilisation de l'institut de l'anticipation de la tutelle, l'instrument processuel capable de rétablir l'égalité à la procédure en permettant à l'État offrir une tutelle juridictionnel opportun sans que, toutefois, la Constitution soit offensée en ce que s'agit au consacré principe constitutionnel de la pleine défense.

INTRODUÇÃO :

Muito já se discutiu sobre a questão da efetividade do processo e da necessidade de se tutelar, através de um procedimento adequado, os diferentes direitos substanciais elencados pelo legislador, de forma que a tutela jurisdicional seja verdadeiramente tempestiva.

Contudo, sabe-se, o fator tempo é algo inerente a todo processo jurisdicional, sendo considerado, pela doutrina, como o grande responsável pela sua inefetividade. “A morosidade dos processos era e ainda é o principal problema da Justiça Civil”¹, acarretando inúmeros problemas, como o de um insuficiente acesso à justiça, a fuga do judiciário e, principalmente, provocando a quebra princípio da igualdade, pois o ônus do tempo do processo acaba sendo suportado unicamente pelo autor, como se este nunca tivesse razão.

Na busca por uma solução a este grave problema, o legislador tem buscado criar procedimentos capazes de oferecer uma tutela efetiva, portanto, tempestiva, aos direitos reclamados pelos jurisdicionados.

Deste movimento reformador, surgiu o instituto da antecipação da tutela, hoje presente no Código de Processo Civil em seu artigo 273, instrumento que, se corretamente utilizado, certamente contribuirá em muito para a restauração da igualdade entre as partes envolvidas nos processo judiciais por possibilitar uma distribuição do ônus do tempo do processo.

Contudo, por outro lado, tem-se o princípio constitucional da ampla defesa que, para que seja cumprido de forma plena e efetiva, deve-se garantir ao réu o direito a uma cognição exauriente anteriormente à tomada de qualquer decisão capaz de inferir na sua esfera jurídica. Trata-se de um princípio que possui na sua base de sustentação a garantia fundamental e genérica da igualdade, que se traduz, no campo da justiça, na igualdade das partes no processo. Apenas a partir da participação isonômica das partes, em processo que atenda efetivamente ao contraditório, estará o Estado legitimado a inferir na esfera jurídica de alguém.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 20.

Percebe-se claramente, portanto, a existência de um confronto entre dois direitos constitucionalmente assegurados – direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à certeza, à cognição definitiva (através do efetivo e pleno respeito ao direito à ampla defesa) –, estando o instituto da antecipação da tutela no núcleo deste conflito. Este instituto trata-se, na verdade, de um instrumento processual que tem a difícil tarefa de tornar o processo o mais efetivo possível, sem, no entanto, agredir a Constituição no que tange ao direito à ampla defesa.

Para demonstrar a capacidade deste instrumento processual de proporcionar ao Estado a possibilidade de oferecer uma tutela jurisdicional tempestiva aos seus jurisdicionados, atuando em plena conformidade com a Constituição, é que foram escritas as linhas que se seguem e que possuem o escopo singelo de apresentar conclusões de cunho instrutivo a todos que lidam com a Justiça Civil.

Por fim, cumpre ressaltar ainda nesta fase introdutória que o método escolhido para a concretização desse trabalho monográfico é aquele a partir do qual analisa-se o processo com uma visão marcadamente teleológica, propondo identificá-lo segundo os objetivos que através dele o Estado busca atingir, retirando-se sempre do texto constitucional os fundamentos de todas as alegações, afirmações e conclusões.

Com este espírito é que foram escritos os três primeiros capítulos, os quais trazem uma abordagem isolada de cada um dos institutos a serem confrontados - *tutela jurisdicional tempestiva* (capítulo I); *antecipação de tutela* (capítulo II); *direito à ampla defesa* (capítulo III) - para então, na posse de conhecimento suficiente, serem formuladas as devidas conclusões que nada mais são do que uma consequência da análise crítica dos três capítulos iniciais.

I – DA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA

1. Os escopos da jurisdição

1.1 Jurisdição (poder): considerações prévias:

Varias teorias procuraram explicar o conteúdo do conceito de jurisdição, sendo o conhecimento deste indispensável para se chegar aos seus escopos, matéria base para a análise da importância da tutela jurisdicional tempestiva, já que, entre os escopos da jurisdição, encontra-se o de oferecer uma tutela tempestiva aos jurisdicionados.

Em tempos modernos, chegou-se à irreduzível oposição entre duas colocações jurídicas do problema teleológico do sistema processual, reveladora de dois inconciliáveis modos de ver o ordenamento jurídico e a função do processo perante o direito. Crer na suficiência do direito substancial objetivo para a criação de situações subjetivas materiais sem a mínima participação do processo (teoria dualista do ordenamento jurídico), ou entender que a este se reserva um papel no *inter* de criação dos direitos (teoria unitária do ordenamento jurídico). Como síntese desses dois pensamentos, têm-se as fórmulas *atuação da vontade concreta da lei* e *justa composição da lide*².

1.1.1 Jurisdição e composição da lide

Carnelutti, fundando-se no conceito subjetivista, defendeu a tese de que “a jurisdição serve para *compor a lide*”³.

Contudo, este conceito de jurisdição não pode ser aceito, como muito bem ensina o eminente Luiz Guilherme Marinoni, pois “a lide carneluttiana não reflete aquilo que se passa no processo”⁴. A lide, no plano jurídico, somente existe no processo e, como demonstrou Liebman⁵, ela “é o conflito de interesses vazado no pedido” e o pedido, como é lógico, nem

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 152.

³ Neste sentido, Carnelutti afirmou que “o fim da jurisdição é o da justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência de outro” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1936, v. 1, p. 40.)

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed, p. 90.

⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre processo civil brasileiro*, p. 135.

sempre retrata o conflito de interesses em toda sua extensão. Ademais, continua o douto Marinoni, “a definição de interesse como uma situação favorável para a satisfação de uma necessidade⁶ não poderia servir de premissa à noção carneluttiana de lide, já que não podem existir duas posições favoráveis, pois a posição favorável de um exclui a do outro”⁷.

1.1.2 Jurisdição e atuação da vontade concreta da lei

Já a teoria de Chiovenda, que é outra que goza de grande prestígio, parece desfrutar de maior acerto. Para este consagrado processualista, a jurisdição pode ser definida como a “função do Estado que tem por escopo a *atuação da vontade concreta da lei* por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”⁸.

Trata-se de um conceito de base objetivista – poder estatal de aplicar a lei ao caso concreto de forma vinculante e cogente. Destacam-se três momentos nesse conceito: a) “quando se refere ao *poder estatal*”, já que não se trata de mera atividade e nem de *um* poder do Estado, mas sim de *uma das expressões do poder estatal*, que é uno⁹; b) “aplicação da lei ao caso concreto”, onde se trabalha com a noção de substitutividade, ou seja, substituição de uma atividade privada por uma atividade pública, através da aplicação, por esta, da lei ao caso concreto, fazendo imperar a atuação da vontade concreta do direito; c) “de forma vinculante e cogente”, o que a diferencia da legislação e da administração, ou seja, o indicativo da particularidade da atividade jurisdicional em relação ao executivo e ao legislativo é a

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, p. 12.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed, p. 90.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 3.

⁹ Sobre a indivisibilidade da jurisdição, discorreram Cintra, Grinover e Dinamarco, na obra *Teoria geral do processo*, p. 122: “falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faz sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una, indivisível, quanto o próprio poder soberano”. A própria unidade do poder já conduz à unidade da jurisdição. O que ocorre é simplesmente a distribuição da competência como forma de dar a medida da jurisdição atribuída a cada juiz, não estando esta medida ligada à essência do poder que todos os juizes exercem, já que a jurisdição que um deles exerce não é diferente, nem maior ou menor que a exercida por outro. Tal medida expressa somente uma distribuição de função (competência: quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão), uma “divisão meramente funcional do exercício do poder político, de acordo com os objetivos a serem perseguidos” (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*, p. 95).

vinculação e cogência das decisões judiciais que transitam em julgado, eliminando os conflitos no seio social e incidindo não de forma geral e abstrata, mas sim exercendo sua atividade apenas em relação a *cases and controversies*¹⁰.

Importante destacar, também, que quando Chiovenda fala em “atuação da vontade concreta da lei”, está a falar de uma, entre as varias interpretações possíveis de serem auferidas a um texto legal, que é exatamente a interpretação dada pelo julgador. Destarte, é vontade no sentido de que entre os vários sentidos possíveis da lei, se determina um deles. Não é, portanto, a vontade da lei, mas sim do intérprete investido do poder jurisdicional, que deve formar esta vontade com base nos escopos da jurisdição¹¹, já que não há como se acreditar que a lei tenha uma vontade concreta¹².

1.1.3 Análise crítica dos escopos da jurisdição – necessidade de uma adaptação à atual democracia social e participativa brasileira

Adaptando a tese de Chiovenda, formulada em outra época e para outra época, às necessidades contemporâneas da atual democracia social e participativa brasileira, que possui fins bem distantes daqueles que eram buscados pelo Estado liberal¹³, identificam-se escopos jurídicos, sociais e políticos bem definidos, os quais merecem ser dissecados, um a um, para atingir-se a exata compreensão dos atuais objetivos da jurisdição¹⁴.

¹⁰ Uma característica muito visível da função jurisdicional é a sua aplicação a casos concretos, não tendo vocação às generalizações ou ao abstrato, como é próprio da função legislativa.

¹¹ V. Chiovenda, *Principii*, p. 182: “não é que a modificação jurídica seja produzida pela vontade do juiz: a vontade do juiz, também neste caso, não visa senão a formular a vontade da lei”

¹² Dinamarco, a respeito, ensina que “vontade da lei” é uma locução figurativa. *Lei*, nessa locução freqüentemente empregada por Chiovenda, está por direito: não se refere ao campo da lei, em sentido formal, mas de todas as formas de manifestação do direito (a partir da Constituição) e, mais amplamente ainda, tem-se em vista a “vontade” do próprio direito, considerado em sua estrutura tríplice” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 209).

¹³ Neste sentido, o eminente Cândido Dinamarco, ao tratar da questão dos escopos da jurisdição, afirma: “expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a estas mesmas variações, no espaço e no tempo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 150).

¹⁴ O fato é que, como muito bem afirma Dinamarco, “é preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a

É que o Estado Brasileiro atual propõe-se, mediante o exercício da jurisdição, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. E, sendo ele o “gerente nato do bem-comum¹⁵” (isso se mostra particularmente visível no Estado social contemporâneo, que, negando os postulados do liberalismo, quer ser a “providência do seu povo”), o Estado sente a necessidade de remover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do homem. Tal é uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificar a jurisdição segundo os objetivos que através dela o Estado busca atingir. Existe realmente um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar de jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação social com justiça, educação para o exercício e respeito a direitos) e no político (afirmação do poder estatal, garantias à liberdade e oferta de meios de participação democrática). A jurisdição caracteriza-se, pois, como uma das funções do Estado, voltada aos objetivos assim definidos¹⁶.

1.2 Escopos jurídicos:

A atual democracia social e participativa brasileira, evidenciando a necessidade de adaptação do direito à realidade social, obrigou o processualista a desvencilhar-se da postura exclusivamente técnico-jurídica, própria da época da afirmação da autonomia científica do direito processual, e a tomar consciência de que o processo se destina à realização dos valores do Estado e da própria sociedade.

Neste sentido, Marinoni afirma com brilhantismo que “os valores sociais, próprios de uma determinada cultura inserida em um dado contexto histórico, podem ser revelados pelo

permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado Social” (A instrumentalidade do processo, p. 153).

¹⁵ A respeito diz Abelardo F. Rossi: “não consiste na simples garantia dos interesses individuais, nem do bem do Estado como tal, mas configura uma situação real comunitária imanente ao todo social, justamente compartilhada por todos e sem a qual o gozo e exercício dos direitos individuais se tornam ilusórios ou não têm plena satisfação, sem esquecer que a preservação destes últimos é também uma exigência intrínseca do bem-comum” (“Prólogo ao volume *la función judicial*, p. XI).

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 116.

direito substancial, surgindo daí a importância do escopo jurídico da jurisdição, traduzido na idéia de atuação da vontade concreta do direito. ... a lei, para ser atuada de modo a revelar os valores do Estado e da sociedade, deve concretizar a idéia de direito posta na Constituição¹⁷. O juiz que não está consciente do conteúdo do direito que deve aplicar, ao afirmar o poder do Estado na sua decisão, não estará afirmando os valores do Estado e da sociedade, e a sua atividade será mais parecida com a de um escravo do poder do que com a de um agente do poder¹⁸.

Portanto, partindo-se da idéia que jurisdição é poder¹⁹ e que o poder originariamente pertence ao povo (já que a soberania está no povo), revelando-se através da Constituição, não pode o juiz se sobrepor a isto. Destarte, é na aplicação da lei conforme a Constituição que reside o escopo jurídico da jurisdição (escopo de atuação da vontade concreta do direito), devendo o juiz, que é o agente executor, estar umbilicalmente ligado a esta finalidade essencial da jurisdição, sob pena de haver abuso de poder.

Daí conclui-se que, como o direito a uma tutela jurisdicional tempestiva vem previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que consagra, em nível constitucional, o direito à adequada tutela jurisdicional, indiscutível o fato de a tutela tempestiva figurar entre os escopos da jurisdição²⁰.

¹⁷ “A visão exterior do sistema processual torna particularmente perceptível a imperiosa necessidade de exercício da jurisdição segundo regras e princípios que correspondam a padrões compatíveis com a cultura contemporânea..., determinando sua convergência a certas idéias fundamentais, que são os princípios instalados nas Constituições e revelados pelo trabalho dos juizes e doutrinadores” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 137). Isto porque, conforme lição de Mortati, “Constituição é o ato originário com que o Estado se coloca e determina não só a organização dos poderes supremos, como também os princípios fundamentais destinados a impregnar todas as instituições e a orientá-las para um funcionamento harmonioso” (Mortati, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, tomo I, p. 54). “A Constituição é o fundamento de validade de todas as leis” (Kelsen, *Compendio de Teoria General del Estado*, p. 136).

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed, p. 94.

¹⁹ Poder é o núcleo da idéia de jurisdição, sendo indispensável frisar que quem o tem manda, quem não o tem obedece – isto porque poder, conforme o acertado conceito weberiano, é a possibilidade de alguém impor a sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas.

²⁰ Luiz Guilherme Marinoni, em sua consagrada obra “*A antecipação da tutela*”, muito bem afirma que “o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito de acesso à justiça e esse direito tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, que deve ser compreendido como o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter direito deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito. Se o direito à adequada tutela jurisdicional é

1.3 Escopos sociais:

Ao lado do escopo jurídico tem-se o escopo social, visto que aquele não é suficiente para determinar o verdadeiro perfil da jurisdição, face à perspectiva do acesso à justiça e em vista da necessidade de a jurisdição realizar outros importantes fins do Estado.

Sabe-se, o fim precípua do Estado é a busca do bem comum e, sendo a função jurisdicional uma das funções do Estado, através dela devem ser realizados os fins do Estado. Assim, pode-se dizer que o fim do Estado, nos limites da jurisdição, também é o encontro do bem comum, como muito bem ensina Marinoni ao tratar deste tema, quando afirma que “a finalidade da jurisdição estaria na realização do bem comum, que constitui a essência dos valores de um povo inserido em determinado momento histórico”²¹.

Portanto, “como escopo síntese da jurisdição no plano social, pode-se indicar a *justiça*, que é afinal expressão do próprio bem-comum”²². Neste contexto, importante salientar a indispensável função exercida pela jurisdição na busca pela pacificação social com justiça. É que o homem, por sua própria natureza, tende ao estado de insatisfação, já que o seu desejo é ilimitado²³. Neste estado de insatisfação, vindo ele a desobedecer conscientemente uma norma de direito substancial, cabe à jurisdição não só reprimi-lo, como também, àquele que não tem condições de aferir o direito, oferecer meios alternativos possíveis. A crença na autoridade do Estado, assim, é que leva o sujeito a socorrer-se da lei e da jurisdição, pois, perdidas as referências comportamentais baseadas nos padrões religiosos e éticos, a sociedade afluenta vê-

garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela dos direitos...” (MARINONI, Luiz Guilherme, A antecipação da tutela, p. 108). O fato é que a efetividade da tutela dos direitos somente ocorrerá se a tutela jurisdicional for tempestiva.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, 2^a ed, p. 97.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 156.

²³ “Se a natureza e a convivência humana espontânea pudessem proporcionar aos homens tudo quanto necessitam para a satisfação das necessidades que experimentassem, o sentimento de insegurança seria tão pouco intenso e tão pouco frequentes as situações de conflito, que esse tipo de poder, qualificado de político, se mostraria praticamente desnecessário” (CALMÃO DE PASSOS. J. J. Democracia, participação e processo. In Participação e processo, p. 85).

se obrigada a orientar-se, cada vez mais, por meio dos preceitos jurídicos²⁴, cabendo ao Poder Judiciário, através da atuação jurisdicional, pacificar com justiça²⁵.

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. A educação através do adequado exercício da jurisdição é, assim, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo, no intuito de verem solucionados os conflitos, liberando-se da insatisfação trazida pelos mesmos e, conseqüentemente, sanando tal situação que gera infelicidade pessoal e, num plano coletivo, a desestabilização social.

Por outro lado, muitas pessoas deixam de exercer seus direitos por não acreditarem na “Justiça”, devido problemas como a falta de informação, alto custo e, principalmente, a morosidade dos processos judiciais que, não raras vezes, deixam de cumprir seus objetivos, como o de oferecer tutela tempestiva²⁶. Aqui, mais uma vez aparece a tutela jurisdicional tempestiva como um dos escopos da jurisdição, contudo, agora, enquadrada entre os escopos sociais da jurisdição.

É que a falta de acesso não permite que o cidadão libere-se da insatisfação trazida pelo conflito. Portanto, somente com a generalização do acesso à justiça e “o funcionamento adequado das vias de pacificação social é que se poderá levar o cidadão a retomar a confiança na “Justiça”, estimulando o exercício dos direitos e, inclusive, o respeito aos direitos alheios”²⁷, pois, “na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus

²⁴ SILVA, Ovídio Baptista. *Democracia moderna e processo civil*, p. 102.

²⁵ “Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 161).

²⁶ É que, face à demora do desfecho do processo judicial, não raras vezes a decisão final, mesmo que favorável, é incapaz de satisfazer o(s) interessado(s).

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2^a ed, p. 100.

membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios²⁸.

1.4 Escopos políticos:

Também merecem grande destaque os escopos políticos da jurisdição²⁹.

Aqui se encontra, entre outros, o escopo de afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder). “O Estado, decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados³⁰. Nesta função, o Estado deve atuar garantindo proteção adequada aos direitos conferidos pela legislação estatal, sob pena de o direito estatal perder sua legitimidade – na medida em que não consegue ser imposto – ruindo, com isso, todo o sistema jurídico posto e abrindo espaço para que novas ordens jurídicas (paraestatais) surjam e se desenvolvam. Aí reside o cerne do escopo político da jurisdição. O Estado deve garantir a tutela jurisdicional adequada dos direitos que oferece, para que possa legitimar-se como a única fonte de violência autorizada e para poder, enfim, existir³¹.

Outra finalidade política da jurisdição é o *culto à liberdade*³², a qual se dá pelos chamados “remédios constitucionais” garantidores das liberdades públicas. São importantes não só porque o simples fato de estarem previstos e funcionarem de forma adequada limitam a atuação do Poder Público, que, assim, se comporta de forma a evitar sofrer-lhes a impugnação, mas também porque permitem a correção dos atos ilegais ou abusivos praticados pelos agentes do poder público³³. Importante destacar, aqui, que “poder” (autoridade) e “liberdade” são dois

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 162.

²⁹ V. DINAMARCO. Cândido Rangel. Escopos políticos da jurisdição. *In Participação e processo*, p. 122.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 169-170.

³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 30.

³² Dinamarco foi quem usou esta expressão – *culto à liberdade* –, vindo a afirmar em seguida que: “trata-se das liberdades públicas e, especialmente, das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o Estado e o indivíduo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 170).

³³ V. SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 420.

pólos de um equilíbrio que por meio da jurisdição o Estado procura manter. A jurisdição deve funcionar, portanto, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade.

Releva-se, por fim, que a jurisdição também tem como escopo a realização do ideal de participação popular da democracia participativa. Isto pode concretizar-se seja através do processo jurisdicional – da ação popular (onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade pública), das ações coletivas e da ação de inconstitucionalidade –, como, ainda, através da própria administração da justiça onde a participação pode se dar de forma direta – presença de *leigos* nos juizados especiais é um exemplo claro – ou indireta – por meio dos princípios constitucionais da publicidade e da motivação³⁴. Trata-se do escopo político de assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.

2. Adequação e eficácia do processo e da tutela jurisdicional: a busca por uma tutela jurisdicional tempestiva.

2.1 Da necessidade de efetividade do processo – acesso à justiça:

2.1.1 A proibição da autotutela e a efetividade do processo

Sendo a jurisdição, contemporaneamente, monopólio exclusivo do Estado³⁵ (art. 5º, XXXV), proibida está a autotutela privada. Por esta razão, o Estado passou a assumir o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. Destarte, o processo, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve ser efetivo, fazendo surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida³⁶.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed, p. 101.

³⁵ “Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se *jurisdições feudais e jurisdições baroniais*. Lembre-se de que os donatários das Capitâneas Hereditárias no Brasil colonial dispunham de *jurisdição civil e criminal* nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a *jurisdição eclesiástica*, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: *os magistrados*” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 481).

³⁶ V. José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in: *Temas de Direito Processual Civil*, p. 21; Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 13-14; Luiz Guilherme Marinoni, *A Antecipação da Tutela*, p. 24.

Na análise da efetividade do processo, faz-se imperioso saber que, para que seja verdadeiramente efetivo, deve possibilitar à jurisdição o cumprimento de todos os seus escopos – não só os jurídicos, como também os sociais e os políticos. “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais*”³⁷.

A sociedade evolui, trazendo consigo novos paradigmas do Direito, novos direitos a serem reconhecidos, e novas situações a serem enfrentadas. Juntamente com essa evolução o processo é sempre conclamado a adaptar-se às circunstâncias e a oferecer formas de tutelas adequadas a tais novas situações. Destarte, não basta ao Estado definir direitos através das leis de caráter substancial. Deve, paralelamente, assegurar mecanismos que sejam adequados a satisfazer tais direitos subjetivos, ou seja, meios de tutela adequados para eles. Trata-se, inegavelmente, do cerne do escopo político da jurisdição, traduzido no dever do Estado de garantir a tutela jurisdicional adequada dos direitos que oferece, para que, assim, legitimado permaneça o exercício do poder jurisdicional³⁸.

Todo cidadão tem direito, portanto, à adequada tutela jurisdicional³⁹. Tal fato exige a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, ou seja, procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais. Daí ser o processo dominado pelo princípio da efetividade que, na linguagem chiovendiana, significa que “o processo deve dar, no que é

³⁷ DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 270.

³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada, p. 29-31.

³⁹ Além de ser o cerne do escopo político da jurisdição, o oferecimento por parte do Estado de uma tutela jurisdicional tempestiva é, também, um direito constitucionalmente assegurado aos jurisdicionados conforme extrai-se do inciso XXXV do art. 5º da Carta Política Pátria.

possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter”⁴⁰.

Contudo, a morosidade dos processos tem prejudicado o oferecimento de tutela adequada por parte do Estado⁴¹. “Toda sentença ou provimento executivo de qualquer ordem tem sua eficácia perenemente ameaçada pelo *passar do tempo*, que realmente é o inimigo declarado e incansável do processo... falar em *efetividade do processo* e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo de ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso... a efetividade (utilidade) das decisões é que coroa toda a atividade desenvolvida, sendo indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de proporcionar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos”⁴².

A questão da efetividade do processo veio, então, a obrigar o processualista a pensar sobre tutelas jurisdicionais diferenciadas, isto é, tutelas adequadas às particularidades das situações de direito substancial. Nessa linha, de grande importância é a pesquisa de procedimentos que permitam a realização do direito material mediante a cognição sumária, pois não é mais possível a confusão entre justiça e certeza⁴³.

Confirmando a necessidade da implementação de procedimentos adequados a todos os direitos para a utilidade das decisões (ou efetivação dos direitos), ao abordar a questão da efetividade do processo, Ada Pellegrini Grinover, citando José Carlos Barbosa Moreira, muito bem destacou que “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os

⁴⁰ “... il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell’azione nascente dal contrato preliminare*, in: *Saggi di diritto processuale civile*, v. 1, p. 110.

⁴¹ Como bem afirmou Marinoni, “a problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos”. (*A efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 37).

⁴² DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 297-301.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A efetividade do processo e tutela de urgência*, pp. 37-38.

direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema... em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento e esses resultados não de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia”⁴⁴.

Entra aí a necessidade de adequada tutela aos direitos reconhecidos pelo Estado. Reconhecer um direito e não lhe dar a tutela adequada é o mesmo que não oferecer tutela ao direito em questão. Eis, hoje, a principal questão que preocupa as mentes processualistas, ou seja, a efetividade da tutela dos direitos⁴⁵.

2.1.2 A tutela jurisdicional dos direitos

Muito já se questionou, na doutrina, quanto ao uso da expressão *tutela jurisdicional dos direitos* (insistentemente utilizada no presente trabalho monográfico), sob o argumento de que a tutela dos direitos não deveria ser vista como o escopo da jurisdição. “É obvio que a tutela jurisdicional também é prestada quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor, e mesmo quando é constatada a ausência de condição da ação, valendo lembrar que neste último caso a tutela jurisdicional é dada em razão do direito incondicionado de ação. O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade da prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno do direito-processual”⁴⁶.

Portanto, a tutela jurisdicional do direito ganha relevo, contemporaneamente, em virtude da necessidade de o Estado oferecer uma tutela adequada à diferentes necessidades do

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, O processo em evolução, p. 10-11.

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada, p. 33-34.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A efetividade do processo e tutela de urgência, p. 11.

direito substancial⁴⁷, dando, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.

2.1.3 *Due process of law* e princípio da inafastabilidade como garantias do direito à adequada tutela jurisdicional

“Dentre as idéias que formam o núcleo do conceito do *due process of law*, a doutrina moderna vê, como elementos essenciais, o *juiz natural*, o *direito de defesa* e a *adequação das formalidades do procedimento*”⁴⁸.

Por outro lado, as formalidades do procedimento devem estar devidamente adequadas para o oferecimento de uma tutela jurisdicional efetiva. O princípio da inafastabilidade, contido no já citado art. 5º, XXXV, da Carta Magna, garante o direito à adequada tutela jurisdicional, ao passo que o art. 75 do Código Civil constitui verdadeira explicitação dessa garantia constitucional. A correta leitura deste dispositivo infraconstitucional permite a conclusão de que a toda pretensão de direito material deve corresponder uma “ação processual”⁴⁹, obrigando o processualista a deixar de lado a sua preocupação com o procedimento ordinário e a partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas.

O princípio da inafastabilidade, por estar indissolúvelmente ligado ao *due process of law*, expressa não só o direito de ação, como também o direito ao devido processo legal. “Não basta afirmar a constitucionalização do direito de ação para que se assegurem ao indivíduo os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido. É necessário, antes de

⁴⁷ “É absolutamente fundamental, no estágio em que vive o direito processual civil, redescobrir as relações entre o processo e o direito material que, - como observa Danti - a tão proclamada autonomia da ação e da relação processual acabara por obscurecer, deixando de lado a estrita dependência dos institutos do processo (de um processo em determinado momento histórico) da influência do direito substancial e, portanto, do papel que o direito hegemônico desenvolve na sociedade. Muito embora hoje seja “comum” falar em tutela jurisdicional dos direitos, é preciso que se deixe claro que o jurista que estuda o processo civil na perspectiva da tutela jurisdicional tem um sério compromisso de pensar em um processo que possa responder, com efetividade, às diversas necessidades de tutela do direito material” (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica, p. 62).

⁴⁸ THEODORO JÚNIO, Humberto. A garantia fundamental do devido processo e o exercício do poder de cautela no direito processual civil, p. 13.

⁴⁹ Nas palavras do douto Luiz Guilherme Marinoni, “a ação de direito material (que é o agir por meio do qual se realiza o direito) não se confunde com a ação processual. A ação processual é o veículo civilizado que permite a realização da ação de direito material” (A antecipação de tutela, p. 25).

tudo, que por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o devido processo legal⁵⁰. “O princípio da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle judiciário é regra que se prende à cláusula do *due process of law*”⁵¹.

O direito ao devido processo legal, portanto, como afirma o douto Marinoni, não quer dizer “apenas direito ao processo que observa os vários princípios constitucionais comumente apontados pela doutrina (princípio do contraditório etc.) para dar corpo à cláusula do devido processo legal; direito ao devido processo legal significa, também, direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material”⁵².

2.1.4 Excessiva duração do processo e denegação da justiça

A doutrina clássica, no momento que construiu o procedimento ordinário – compreendido como o procedimento de cognição plena e exauriente – e banuiu do sistema processual os procedimentos sumários especiais, notadamente aqueles de cognição parcial, deu prioridade ao valor segurança sobre o valor tempestividade⁵³. Isto porque, na busca da certeza, o procedimento ordinário, que é o procedimento-base de tutela dos direitos, somente após muito tempo reconhece a existência de um direito e, pior, em muitos casos apenas reconhece, mas não dá ao autor o seu direito – sentença condenatória⁵⁴, acabando por ser intempestiva a tutela jurisdicional.

Sabe-se, “o fator tempo, que permeia toda a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de processo Civil, p. 18.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação, p. 132.

⁵² Op. cit., p. 108.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, p. 13.

⁵⁴ A sentença condenatória somente tem efetividade se cumprida espontaneamente, já que, em caso contrário o direito somente será conferido ao seu titular através do processo de execução.

série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social⁵⁵.
Justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça⁵⁶.

A justiça morosa é, em verdade, um grande mal social⁵⁷. É “fenômeno que propicia a desigualdade..., é fonte de injustiça social, porque a resistência do pobre é menor do que a do rico: este, e não aquele, pode, via de regra, aguardar, sem sofrer grave dano, uma justiça lenta... Um processo longo beneficia, em última análise, a parte rica em detrimento da parte desafortunada”⁵⁸.

Destarte, o procedimento ordinário torna-se injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização de seus direitos, fato que leva muitos dos jurisdicionados a optarem por uma “fuga” dos tribunais, procurando alhures – na melhor das hipóteses, na arbitragem ou na transação extrajudicial – a satisfação de seus respectivos direitos subjetivos ou, até mesmo, renunciando todo ou parcela deste direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo.

Ressalta-se, também, como bem afirmou o douto Marinoni, “a universalização do procedimento ordinário não prejudicou a todos, não só porque alguns (os privilegiados⁵⁹) sempre se serviram de procedimentos especiais, mas também porque o procedimento ordinário, seguido do processo de execução, pode apresentar-se como efetivo para a tutela dos direitos

⁵⁵ V., nesse sentido: Ferruccio Tommaso, *Appunti di Diritto Processuale Civile, - nozioni introduttive*, Turim, Giappichelli, 1991, p. 18; Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, ob. Cit., p. 20; Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*, Turim, Giappichelli, 1990, p. 88.

⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, p. 100.

⁵⁷ A respeito, Nicolò Trocker afirma que a justiça morosa “provoca danos econômicos (imobiliza bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo moroso que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição” (*Processo Civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*, pp. 276-277).

⁵⁸ CAPPELLETI, Mauro. *El proceso como fenómeno social de masa*, in: *Proceso, Ideología, Sociedad*, pp. 133-134.

⁵⁹ No Brasil, as controvérsias mais sensíveis, que colocam em jogo os valores de maior interesse político e econômico para as classes dominantes, há muito escapam ao procedimento demorado e ineficiente, prolongado e desastroso. Como expõem Rogério L. Tucci e José R. C. e Tucci, citando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, para “esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade:

patrimoniais. Porém, a insensibilidade ínsita à neutralidade do procedimento ordinário não só acarretou a ausência de tutela adequada aos “novos direitos”, como o abandono do manejo da técnica de procedimentos diferenciados, o que de certa forma conduziu a uma verdadeira falta de inspiração para a criação de procedimentos aptos à adequada tutela jurisdicional⁶⁰.

A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento⁶¹.

Ganha relevo, nesse contexto, o esforço para harmonizar as exigências técnicas do processo com uma estrutura célere, fato que, contemporaneamente, vem se revelando nas leis dos mais diferentes ordenamentos processuais, onde a proliferação das tutelas sumárias é um reflexo do fenômeno das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela ordinalidade.

2.1.5 Da necessidade de distribuição do ônus do tempo do processo

O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos evidentes e não evidentes e

desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento” (Devido processo legal e tutela jurisdicional, p. 102.

⁶⁰ MARINONI. Luiz Guilherma. *A antecipação da tutela*, p. 25.

⁶¹ MARINONI. Luiz Guilherma. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 14.

na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria⁶².

“É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quando mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão”⁶³. Destarte, imprescindível a criação de processos sumários, capazes de realizarem concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição, possibilitando, assim, a pacificação social com justiça através da distribuição do ônus do tempo do processo, quando mais se o autor consegue demonstrar de plano sua razão e a evidência do seu direito.

Inegavelmente, o tempo do processo somente pode prejudicar o autor (que tem razão) em favor do réu (que não a tem)⁶⁴. Para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre as partes litigantes. O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela antecipatória, como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo⁶⁵.

2.1.6 A importância da técnica antecipatória – como meio para atingir-se a efetividade do processo e uma correta distribuição do ônus do tempo do processo – e a crise da Justiça

⁶² Op. cit., p. 15.

⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁴ Como afirma o Douo Marinoni, “é preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre prejudica o réu que não tem razão” (Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, p. 16-17).

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, p. 127-128.

Em meio a essa crise que afeta a Justiça Civil, a técnica antecipatória constitui sinal de esperança, tratando-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a efetividade do processo, bem como para a restauração da igualdade no mesmo.

A tutela antecipatória é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, constituindo, assim, instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Preserva-se, assim, o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaurar-se a idéia – que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor⁶⁶.

Assim, se o rito ordinário pesa contra a parte carente de tutela jurídica, por uma pretensão fundada numa alegação *verossímil*, com iminência de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273 do CPC), nada mais justo que torná-la efetiva *initio litis*, pois, de outra forma, não conseguiria tudo aquilo que o processo seria capaz de lhe proporcionar⁶⁷.

2.1.7 O acesso à justiça e efetividade do processo

Importante destacar, também, a relevância do acesso à justiça para a efetivação do processo. Para *Capelletti*, a expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro,

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 26-27.

⁶⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, p. 20-21.

o sistema deve ser acessível a todos⁶⁸; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁶⁹.

Portanto, a idéia de acesso à justiça, contemporaneamente, não mais se limita ao mero acesso aos tribunais, mas engloba, também, a viabilização do acesso à *ordem jurídica justa*. Ada Pellegrini Grinover, ao expor os dados elementares do direito à ordem jurídica justa, bem incluiu, entre eles, “o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direito”⁷⁰.

O princípio do acesso à justiça, destaca-se, dá também o tom das tutelas de urgência, em particular do instrumento processual consagrado no art. 273 do CPC, porquanto o *não antecipar* um provimento tutelar que se revele indispensável ao direito da parte autora, não lhe oferecendo uma tutela jurisdicional tempestiva, é o mesmo que lhe obstaculizar o acesso à justiça ou não lhe proporcionar o adequado acesso.

2.1.8 Princípio da utilidade e a efetividade do processo

Sob outro prisma, também o princípio da utilidade traz a tona a necessidade de uma tutela jurisdicional tempestiva para a efetivação do processo. Tal princípio, conforme ensina Arruda Alvim, “domina, ao mesmo tempo, o processo e as decisões nele proferidas (mormente os provimentos antecipatórios), em que o tempo, antes de um mal necessário, é, na maioria das vezes, *um mal sem remédio*. No fundo, o princípio da utilidade constitui um temperamento necessário ao princípio do formalismo, para fazer vigorante o princípio da efetividade”^{71, 72}. O

⁶⁸ Pessoas das mais diversas classes sociais dependem da prestação jurisdicional, muitas das quais sem as mínimas condições de arcar com as despesas do processo. Contudo, é dever do Estado proporcionar-lhes as condições necessárias à salvaguarda de seus interesses, não só criando os órgãos de encarregados de prestar a jurisdição, mas, sobretudo, o acesso a esses órgãos, seja pessoalmente, seja através de advogado, criando inclusive serviços de assistência judiciária para este fim.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro, e Garth, Bryant. Acesso à justiça, p. 8.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução, p. 09-10.

⁷¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, p. 23.

⁷² Como forma de reforçar a argumentação, destaca-se doutrina de Arruda Alvim: “Seria inútil, por exemplo, uma decisão que, devendo outorgar a tutela específica – por exemplo, apreendendo uma revista, por ofensa a direito do autor –, só viesse a outorgá-la por sentença, quando todas já foram vendidas. A utilidade consiste exatamente nessa necessária correlação entre o conteúdo jurídico do provimento e as suas conseqüências no mundo fático; de

processo deve ser suficientemente útil, a fim de que se constitua verdadeiro instrumento para que os jurisdicionados obtenham tudo aquilo que o direito lhes confere, independentemente de apego formal às peculiaridades do caso concreto⁷³.

2.1.9 Efetividade do processo e tutela jurisdicional tempestiva – a importância da tutela antecipatória

Partindo-se do escopo jurisdicional de oferecer uma tutela tempestiva aos jurisdicionados e, sendo a tutela jurisdicional tempestiva indispensável para a efetividade do processo, fica mais visível ainda a importância do instituto da antecipação da tutela nos casos de abuso do direito de defesa e, principalmente, nos casos de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Portanto, o Estado, ao proibir a autotutela, não pode fugir desse compromisso de oferecer uma tutela jurisdicional tempestiva de forma que se atinja a efetivação do processo e, mais que isso, de forma a que se atinja a satisfação da sociedade através de uma pacificação social com justiça.

O que justifica a própria ordem processual como um todo é sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus fins, sendo que é mediante o exercício do poder (aqui incluído o poder jurisdicional) que estes são perseguidos. É indispensável, portanto, que o processo seja verdadeiramente efetivo. E só será se servir como meio (instrumento) para que o Estado, através do exercício do poder jurisdicional, ofereça uma tutela adequadamente tempestiva aos seus jurisdicionados, revelando-se, aqui, a magnitude da importância do instituto da antecipação da tutela.

2.2 As técnicas da cognição, da antecipação e da atuação dos direitos e a tutela jurisdicional adequada

outro lado, careceria de interesse processual que pretendesse um provimento destituído de qualquer consequência prática” (Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, p. 24-25).

⁷³ POP, Carlyle. Execução de obrigação de fazer, p. 35.

Nessa perspectiva de que o processo deve ser efetivo, dando a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos é imprescindível o correto manejo das técnicas da cognição, da antecipação e da atuação dos direitos^{74 75}.

Da doutrina de Cândido Dinamarco, “tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”⁷⁶. As técnicas da cognição, da antecipação e da atuação dos direitos, seguindo esta linha, é que permitem a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.

2.2.1 A técnica da cognição

“A cognição pode ser analisada em duas direções: no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena ou parcial; e no sentido vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial”⁷⁷.

Através da técnica da cognição parcial, estabeleceram-se procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos. Assim, nos procedimentos de cognição parcial o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo a outra demanda, como ocorre, por exemplo, nas ações possessórias. O que se privilegia através deste procedimento são os valores certeza e celeridade, permitindo-se a prolação de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 28.

⁷⁵ Neste sentido, Dinamarco ensina que: “aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de “alterar o mundo”, ou seja, de conduzir as pessoas à “ordem jurídica justa”. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica” (*A instrumentalidade do processo*, p. 297).

⁷⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 224.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 28.

Já no sentido vertical tem-se a técnica de cognição sumária, que conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável. Das palavras do douto Marinoni extra-se que “as tutelas de cognição sumária no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela sumária satisfativa); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista do custo do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipada fundada no art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil)”⁷⁸.

Ressalta-se que o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não exista⁷⁹.

Por outro lado, a técnica da cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório de forma antecipada, ou seja, não permite a postecipação da busca da “verdade e da certeza”. A tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material.

2.2.2 A técnica da antecipação

⁷⁸ Op. cit., p. 30-31.

⁷⁹ Marinoni, a respeito, disse que: “A sumarização da cognição pode ter graus diferenciados, não dependendo da cronologia do provimento jurisdicional no *iter* do procedimento, mas sim da relação entre a afirmação fática e as provas produzidas. ...no mandado de segurança a liminar é deferida com base no juízo de probabilidade de que a afirmação provada não será demonstrada em contrário pelo réu, enquanto a liminar cautelar é concedida com base no juízo de verossimilhança de que a afirmação será demonstrada, ainda que sumariamente, através das provas admitidas no procedimento sumário... A antecipação fundada no art. 273, inciso I, pode ser concedida antes de produzidas todas as provas tendentes à demonstração dos fatos constitutivos do direito ... é fundada na probabilidade de que o direito afirmado, mas ainda não provado, será demonstrado e declarado. Quando o direito do autor está evidenciado (prova dos fatos constitutivos, por exemplo) e há uma defesa *provavelmente* infundada, a tutela antecipatória pode se basear no art. 273, inciso II. Atua, como é óbvio, a técnica da cognição sumária” (A antecipação da tutela, p. 31-32).

A técnica antecipatória, constante no art. 273, permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No caso do risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Destaca-se que a tutela satisfativa (de cognição) sumária possui conteúdo jurídico e não apenas fático, realizando o direito material afirmado pelo autor, ou, em outras palavras, dando satisfação ao direito material afirmado, obviamente incidindo (ainda que, na angulação processual, de forma provisória) sobre o plano das relações substanciais⁸⁰.

“A realização de um direito através da tutela antecipatória é a realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente... produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito. Essas conseqüências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material”⁸¹.

2.2.3 A técnica da atuação dos direitos e a tutela antecipatória

Fala-se em atuação e não em execução da tutela antecipatória, pois “o provimento antecipatório não tem natureza condenatória nem constitui título executivo. Impossível se pensar, portanto, que a atuação da tutela antecipatória sumária é disciplinada pelas regras do

⁸⁰ Como bem ensina Marinoni: “não é o caso de se pensar que a antecipação tem conteúdo apenas fático, e não jurídico. ... para a atribuição da qualidade “jurídica” aos efeitos produzidos pela tutela antecipatória pouco importa o fato de que a tutela antecipatória supõe a existência de um direito que pode ser negado na sentença de cognição exauriente. ... não é apenas a qualidade da coisa julgada material que dá conteúdo jurídico a um provimento, nem é apenas a tutela marcada pela coisa julgada material que incide sobre as relações substanciais” (A antecipação da tutela, p. 39-40).

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 40.

processo de execução. Alias, é intuitivo que o uso do livro do processo de execução para a atuação da tutela antecipatória seria inefetivo. Para que o provimento antecipatório possa, de fato, dar ao autor desde logo o seu direito são necessários meios que permitam a obtenção do resultado esperado. Tais meios podem atuar sobre a vontade do réu – precionando-o a optar pelo cumprimento por ato próprio – ou, mesmo, prescindir da sua vontade⁸²”.

Apenas no que couber, ou seja, nos casos em que venham a corroborar para a atuação da tutela antecipatória, obedecer-se-á ao disposto nos incisos I e II do artigo 588 do CPC. Caso a aplicação destes incisos venha a tornar ineficaz a antecipação, deve o juiz se valer de outros meios para a obtenção do resultado esperado.

“Quando o resultado esperado pode ser obtido independentemente da vontade do réu, podem ser empregados meios como a imissão na posse, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial. A multa diária, prevista no § 4º do art. 461, pode ser comparada ao *contempt*, constituindo poderoso meio coercitivo. A multa poderá ser aplicada independentemente de pedido do autor e em montante suficiente para pressionar o réu ao adimplemento⁸³. A atuação do provimento antecipatório supõe que o juiz pode utilizar as medidas necessárias para convencer o réu a adimplir ou para que seja encontrado o resultado objetivado independentemente da vontade do obrigado⁸⁴”.

2.3 Tutela inibitória, tutela cautelar e tutela antecipatória – diferenças básicas.

Antes de analisar as diferenças entre tutela inibitória, cautelar e antecipatória, é indispensável a apreensão do correto sentido do primeiro dos citados institutos, mesmo que superficialmente, para que não restem possíveis dúvidas.

⁸² *Op cit.*, p. 57.

⁸³ Como bem afirma Barbosa Moreira, “a multa, por sua função coercitiva e não reparatória, não tem de guardar equivalência com o dano porventura causado ao credor (*Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In.: Temas de Direito Processual*, p. 233)

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 57-58.

A tutela inibitória, na Itália⁸⁵, é a tutela de prevenção do ilícito, sendo compreendida pela doutrina brasileira, de forma análoga, como a tutela que tem por fim impedir a prática de um ilícito. Nas palavras do douto Marinoni, “a tutela inibitória pressupõe a probabilidade de que o ilícito (o ato contrário ao direito) prossiga ou se repita, ou mesmo que venha a ser praticado, se ainda não se verificou. É esse o sentido preventivo da tutela inibitória⁸⁶”.

Já a ação cautelar, como é sabido, tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não sendo seu escopo o de prevenir, autonomamente, um ilícito. Note-se que a prevenção do ilícito é um fim em si mesmo, não objetivando, a ação inibitória, assegurar um direito controvertido, nem muito menos o resultado útil de outro processo. A ação inibitória é, portanto, uma ação autônoma e de cognição exauriente, ao contrário da cautelar, que é marcada pela característica da instrumentalidade e é fundada necessariamente em cognição sumária.

A respeito da distinção entre os três citados institutos, muito bem expôs o eminente Sérgio Arenhart que “a tutela inibitória não é espécie do gênero tutela de urgência e, muito menos, tipo especial de medida cautelar. Ao contrário, a ação inibitória é ação de cognição exauriente, permitindo a realização plena do contraditório e apta a gerar coisa julgada material... Por fim – continua o insigne jurista –, em termos teóricos, é essencial esta noção porque determina a autonomia da ação inibitória, como meio próprio e idôneo para a tutela contra o ilícito (mais precisamente, contra a ameaça de sua ocorrência)”⁸⁷.

A ação inibitória, por ser uma ação de conhecimento, exige um certo tempo para que possa ser prestada a tutela final de prevenção do ilícito. Considerada a natureza da ação inibitória, é fácil perceber a necessidade da antecipação da tutela nesse tipo de ação. Trata-se da tutela que a doutrina italiana chama de provisória inibitória. Na Itália, a inibitória provisória

⁸⁵ V. Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*; Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*; Ugo Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*; Mario Libertini, *La tutela civile inibitoria*, in: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, pp. 315 e ss.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 61.

⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 112.

somente poderia se fundar no art. 700 do Código de Processo Civil. Não há, no ordenamento italiano, outra norma capaz de sustentar a inibitória provisória⁸⁸.

No Ordenamento Jurídico Pátrio, é o parágrafo terceiro, do art. 461, do Código de Processo Civil, que dá sustentáculo para a antecipação da tutela das obrigações de fazer e não fazer. O fundamento da inibitória, contudo, não está no art. 461, mas sim no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que expressamente traz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – a locução “ameaça a direito” deixa clara a intenção de se garantir a tutela inibitória⁸⁹. Entretanto, se é certo que a tutela inibitória é garantida constitucionalmente, também é verdade que este tipo de tutela sempre impõe um não fazer ou um fazer. Ora, o art. 461, em seu parágrafo terceiro, permite a antecipação da tutela das obrigações de fazer e não fazer e, portanto, a antecipação da tutela inibitória.

Mas não há como confundir a tutela inibitória com a tutela antecipatória. Esta, fundada no art. 273, I, pode ser, por exemplo, tutela antecipatória ressarcitória, como é o caso da tutela antecipatória na ação de indenização fundada em ato ilícito. Em outras palavras, como afirmou Marinoni, “a tutela antecipatória apenas poderá ser inibitória”⁹⁰.

Já com relação à diferença básica entre a tutela sumária satisfativa e a tutela cautelar, o Douto Marinoni, corretamente citado por Cândido Dinamarco, concluiu que a tutela antecipatória “não é tutela cautelar porque esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado – sendo que a tutela sumária satisfativa não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado”⁹¹. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é satisfativa sumária. A prestação jurisdicional satisfativa

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 78-79.

⁸⁹ “Se determinados direitos, por suas peculiaridades próprias, somente podem ser tutelados através da tutela inibitória, não há como se negar a extensão deste tipo de tutela às hipóteses dela carentes. Negar a tutela inibitória para os direitos que não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória é negar atuação concreta à norma constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 74-75).

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 79.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *In.: A Reforma do Código de Processo Civil*, 1995, p. 139).

sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar⁹². Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistir referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado⁹³.

II - DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

1. A tutela antecipatória:

1.1 Evolução do instituto no Direito brasileiro – considerações prévias

Da análise do primeiro capítulo do presente trabalho monográfico extrai-se com clareza a necessidade de procedimentos capazes de oferecerem uma adequada e, conseqüentemente, tempestiva tutela jurisdicional aos jurisdicionados. Este foi o principal fundamento que levou à instauração do instituto da antecipação da tutela nos moldes como se afigura hoje positivado no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Sua semente foi plantada, no ordenamento jurídico pátrio, através dos arts. 675 do CPC de 1939 e 798 do CPC de 1973.

Apesar de parte da doutrina não ter enxergado na norma contida no citado art. 675 um poder geral de cautela, o certo é, porém, que a maioria dos processualistas afirmam estar presente nesta norma um poder geral de cautela. Os tribunais, entretanto, infelizmente não se mostraram sensíveis à necessidade do uso deste poder e foram muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estrito do art. 675.

⁹² Conforme disse Dinamarco, “as antecipações de tutela realmente tutelam e não são cautelares (art. 273 etc.)” (Tutela jurisdicional. *In.*: RePro, v. 81, p. 66). Também Ovídio Baptista da Silva nega categoricamente a natureza cautelar das providências antecipatórias. Referido autor, quanto aos aspectos da satisfatividade, enfatiza que “a tutela cautelar jamais pode ter conteúdo idêntico ao da tutela definitiva” – e, reportando-se aos ensinamentos de CRISTOFOLINI, observa que – “não se poderá perder de vista a nítida distinção entre ‘situação jurídica assegurada pelo provimento judicial e pretensão jurídica realizada, embora de forma provisória’ ” (Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo cautelar, p. 23). Mais adiante, socorrendo-se da doutrina de PONTES DE MIRANDA, reafirma a importância da distinção entre *segurança da execução* e *execução para segurança*, para fincar o convencimento de que “segurar a execução coincide com o fim da medida cautelar, enquanto que executar para fins de segurança já traduz uma satisfação, por antecipação, da pretensão (Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo cautelar, p. 65-68)”.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 86.

O Código de 1973, por sua vez, através do art. 798, atribuiu ao juiz o poder de determinar as medidas provisórias que venha a julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Parcela da doutrina e da jurisprudência, fiéis à natureza da tutela cautelar, não admitiu que o juiz concedesse medidas sumárias satisfativas com base no referido artigo⁹⁴.

A inefetividade do procedimento ordinário, entretanto, fez com que os tribunais passassem a falar de “ação cautelar satisfativa”. Lamentáveis equívocos foram cometidos pelos tribunais e pela doutrina em razão da não consideração da cognição inerente ao procedimento materialmente sumário⁹⁵. Os tribunais e parte da doutrina, de fato, importavam-se muito com a satisfatividade da tutela, imaginando que a “ação principal” seria desnecessária no caso de “tutela satisfativa”. Raciocinavam, em outras palavras, supondo que a satisfatividade da tutela era o bastante para dispensar o ajuizamento da ação principal. O erro contido em tal forma de pensar é tão evidente que pode ser surpreendido por essa indagação de resposta assustadoramente elementar: a concessão da liminar, na ação de reintegração de posse, por ter conteúdo satisfativo, deve impedir o prosseguimento do contraditório? Será que a realização da instrução para apuração da resistência do réu – no dizer do julgado transcrito na nota supra –

⁹⁴ A respeito, Humberto Theodoro Júnior afirmou: “por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, “a medida cautelar não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória”. Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória” (Processo cautelar, São Paulo, LEUD, 1976, p. 108.). Jurisprudência minoritária também entendia desta forma: “não deve ser concedida a medida cautelar inominada em que o autor pretende lhe sejam franqueadas as dependências de um clube para realização de festa de casamento, em virtude do teor satisfativo de tal pedido, sendo que a sua concessão implicaria a perda do objeto da ação principal” (TJSC, 1ª C., Ap. 26.034, v.u. In.: Arruda Alvim e Nelson Luiz Pinto, Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Cautelar. São Paulo, Ed. RT, 1991, pp. 164-165).

⁹⁵ Decidiu-se, por exemplo, que “a medida cautelar inominada que visa à participação de sócio em assembléia tem cunho satisfativo, pois o interesse imediato se esgota com o cumprimento da liminar concedida. A realização da instrução para apuração dessa resistência importaria em apego ao formalismo, sendo, portanto desnecessária” (In.: RT, v. 673, São Paulo, RT, p.85, 1991)

importaria também aqui em “apego ao formalismo”? Absolutamente não. Nem aqui nem na situação narrada no julgado⁹⁶.

Além dessas ações sumárias satisfativas (erroneamente chamadas de cautelares satisfativas), achavam-se verdadeiras ações de cognição exauriente com liminar. É que, havendo escoado o prazo para a impetração de mandado de segurança, optavam as partes por propor ação cautelar no intuito de obter uma liminar, já que o procedimento ordinário não proporcionava tal remédio jurídico. Eram casos em que o juiz, após a apresentação da contestação, estava em condições de proferir sentença capaz de produzir coisa julgada material (como ocorre nos mandados de segurança). Contudo, como o juiz continuava supondo que a ação era verdadeiramente cautelar, o autor era obrigado a propor a ação principal e o juiz, atendendo a um formalismo sem eficácia prática alguma e entrando em contradição (isto porque é ilógico se afirmar, ao mesmo tempo, que algo é provável e também existe), acabava por julgar a ação cautelar e a ordinária no mesmo momento.

“O art. 273, ao tornar possível a antecipação da tutela no processo de conhecimento, confere ao cidadão um instrumento processual semelhante ao mandado de segurança. O procedimento não é do tipo documental e, portanto, não é apenas a prova documental que pode demonstrar o que a norma chama de verossimilhança do direito do autor. De qualquer maneira, a reforma do Código cria a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição exauriente, eliminando a necessidade de o autor – para obter uma tutela sumária satisfativa – valer-se do art. 798, que gerava ações sumárias satisfativas e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interinal”⁹⁷.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 83. Afirma ainda o autor: “a doutrina e a jurisprudência vinha confundindo satisfatividade com definitividade. A tutela satisfativa, quando de cognição sumária, exige a “ação principal”, não só porque não pode haver coisa julgada material sem cognição exauriente (carga declaratória suficiente), como, também, porque o réu somente pode sofrer um prejuízo definitivo em razão de uma sentença fundada em coisa julgada material”.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 85.

1.2 A consagração da tutela antecipatória no direito brasileiro, seu entendimento e natureza jurídica.

A consagração da tutela sumária satisfativa no direito brasileiro deu-se com a reforma do Código de Processo Civil, que proporcionou a alteração do art. 273 fazendo triunfar a tese de que tutela sumária satisfativa nada tem a ver com tutela cautelar.

Da análise do art. 273 extrai-se com transparência que sua inserção no mundo jurídico deu-se face à necessidade da antecipação da realização dos direitos nos casos de receio de dano e de abuso de direito de defesa. “Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor”⁹⁸.

A partir deste entendimento do que é a tutela antecipatória, fica fácil chegar a sua natureza jurídica. É que “há tutelas que dão ao autor, desde logo, aquilo que ele somente poderia obter após a pronúncia da sentença. Tais tutelas não são cautelares, porém antecipatórias. A tutela cautelar apenas assegura a possibilidade da realização efetiva do direito. Difere, portanto, também da tutela preventiva (ou inibitória), que objetiva impedir a prática de um ilícito (ou de um dano), sem qualquer preocupação de assegurar a viabilidade da realização de um direito. Na tutela inibitória o direito está sendo exercido (não foi ainda lesado), mas precisa ser prevenido; na tutela cautelar o direito não pode ser exercido desde logo e, portanto, precisa ser assegurado para que possa, futuramente, ser efetivamente realizado”⁹⁹.

A natureza jurídica do instituto da tutela antecipatória no direito brasileiro não é, destarte, diversa daquela registrada na legislação estrangeira, sendo certo que não se trata de medida de natureza assecuratória e de índole cautelar. Sérgio Bermudes, quando ao analisar a natureza da tutela antecipatória, muito bem concluiu que “não se trata de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, p. 139.

contencioso. Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lide, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do art., nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos”¹⁰⁰.

1.3 O direito à tutela antecipatória.

Muito já se falou no presente trabalho monográfico sobre o direito constitucionalmente assegurado à adequada tutela jurisdicional¹⁰¹, direito este que decorre, como também já foi visto, do princípio da inafastabilidade que, por sua vez e conseqüentemente, garante a tutela antecipatória já que esta é corolário do direito à adequada tutela jurisdicional.

Sendo o Estado, portanto, obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional. Destarte, se uma situação de direito material requer tutela urgente de cognição sumária, não é possível que o Estado se negue a prestar a devida tutela jurisdicional, ou seja, a tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC. Já a previsão do inciso II, do citado art., por outro lado, tem por fim distribuir o ônus do tempo do processo. Ainda que o autor não receie dano, é certo que aquele que procura a justiça não deve esperar mais do que o necessário para a realização do seu direito¹⁰².

O cidadão, de fato, tem direito constitucional à tutela antecipatória. Isto porque não restam dúvidas que do princípio da inafastabilidade decorre o direito ao *due process of law*, estando aí incluído, entre outros, o direito à adequada tutela jurisdicional, abrangendo o direito de petição, como “autentico direito abstrato de agir”, o direito à tutela urgente, e os direitos ao

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilhermc. A antecipação da tutela, p. 105.

¹⁰⁰ BERMUDEZ, Sérgio. In.: A reforma do CPC, Freitas Bastos, RJ, 1995, p. 35.

¹⁰¹ Ver *supra*, ponto 2.1.

procedimento, à cognição e ao provimento adequados. Como bem concluiu Marinoni, “a busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process of law*, e insito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes, e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou ao dever que o Estado se impôs quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela antecipatória, portanto, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional”¹⁰³.

2. A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil: requisitos para sua concessão:

2.1 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Há irreparabilidade quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo)¹⁰⁴. Também há irreparabilidade no caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado através da reparação em pecúnia¹⁰⁵. Destarte, percebe-se que o dano irreparável pode atingir tanto direitos não patrimoniais, direitos patrimoniais com função não patrimonial e simplesmente direitos patrimoniais¹⁰⁶.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 106.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁴ São casos em que um direito não patrimonial, conexo a um direito patrimonial, sejam irreparavelmente lesados. A respeito, Marinoni exemplifica, dizendo que “a vítima de acidente automobilístico que em virtude do ato ilícito fica impossibilitada de manter seu próprio sustento, pode ter irreversivelmente prejudicados direitos fundamentais, como os direitos à saúde e à educação. A jurisprudência italiana ao admitir, com base no artigo 700, a antecipação do pagamento de soma em dinheiro, alude, em geral, à tutela de direitos constitucionalmente protegidos” (*A antecipação da tutela*, p. 131). Segundo Proto Pisani, seguindo esta mesma linha, “o direito patrimonial com função não patrimonial, enquanto destinado a garantir a satisfação de uma necessidade primária ou uma situação de liberdade, deve ser tutelável através da tutela sumária urgente” (*Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 382).

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 130 - 131.

¹⁰⁶ Citado por Ovídio Baptista da Silva, Frederico Carpi ensina que o direito será exposto a uma situação que pode indicar irreparabilidade de prejuízo, diante das seguintes situações: “a) quando houver impossibilidade de ocorrer restituição ou reparação à situação anterior; b) quando o ato ou fato danoso implique a destruição de uma coisa

Por outro lado, há dano de difícil reparação se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de difícil reparação se dificilmente puder vir a ser individualizado ou qualificado com precisão¹⁰⁷.

Por fim, cumpre esclarecer que o “receio” aludido na lei traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser “fundado”, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta de tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação. E, sendo o receio um sentimento de índole subjetiva, deverá, ainda, ser analisado levando-se em consideração a pessoa que se diz titular do direito posto em perigo. Citado por Reis Friede, Virgílio Andreoli (*Commento al Codice di Procedura Civile*, v. IV, 3ª ed., Napoli, p.247) afirma que o receio, em se tratando de pessoa física, deverá ser analisado “em função de quem experimente, considerados a idade, sexo, instrução, condição social, etc., pois é sabido, por exemplo, que o velho sente mais temor que o moço...”¹⁰⁸. Isso não significa uma personalização do direito, mas apenas a necessidade da irreparabilidade do prejuízo ser considerada em relação à pessoa que se diz titular do direito.

2.2 Abuso de direito de defesa

Muito já se falou no presente trabalho monográfico a respeito da problemática da morosidade dos procedimentos judiciais e da necessidade, face esta demora, de uma correta distribuição do ônus do tempo do processo¹⁰⁹. É que a preocupação exagerada com amplo direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser um ônus

infungível, seja por haver a mesma cessado de existir, seja por haver ela perdido uma qualidade que lhe era essencial” (*Curso de processo civil*, v. 3, p. 36).

¹⁰⁷ Assim, como bem exemplifica Marinoni, “no caso de desvio de clientela, hipótese em que, além da difícil quantificação do dano emergente, o empresário sofre uma acentuação do prejuízo à medida que, com o passar do tempo do procedimento ordinário, assiste ao progressivo afastamento de seus clientes” (*A antecipação da tutela*, p. 131).

¹⁰⁸ FREIDE, Reis. *Aspectos fundamentais das medidas liminares*, p. 533.

¹⁰⁹ Ver *supra*, itens 2.1.4 e 2.1.5.

somente do autor, ainda mais quando este depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante¹¹⁰.

“O sistema processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor. É preciso deixar claro que a técnica antecipatória nada mais é que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”¹¹¹.

Portanto, este segundo e alternativo requisito para a concessão da antecipação da tutela consiste basicamente numa técnica para atingir-se a correta distribuição do ônus do tempo do processo, permitindo que o mesmo não seja suportado exclusivamente pelo autor e se dá, em linhas gerais, pela constatação pelo julgador, através de correspondente provocação da parte, do abuso do direito de defesa, em sentido amplo, incluindo as eventuais manobras por parte do réu com o intuito manifestamente protelatório em relação à demanda e, também, quando se resumi a fazer alegações de todo inverossímeis ou desgarradas de qualquer prova¹¹².

2.3 Prova inequívoca e a verossimilhança do direito.

Trata-se de um requisito genérico, devendo, portanto, estar sempre presente para que possa ser concedida a antecipação da tutela. Contudo, a tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa tem peculiaridades especiais no que diz respeito à prova em que se funda.

¹¹⁰ Com relação a essa questão, Marinoni, citando Edoardo Ricci, muito bem colocou que este autor, “escrevendo sobre o projeto Rognoni (de reforma do processo civil italiano), alertou para o fato de que as resistências dilatórias são tanto mais encorajantes quanto mais o processo – graças a sua duração – se presta a premiar a resistência como fonte de vantagens econômicas, fazendo parecer mais conveniente esperar a decisão desfavorável do que adimplir com pontualidade (Il Progetto Rognoni di riforma urgente Del processo civile, *In.*: Rivista di diritto processuale, 1987, p. 631)” (A antecipação da tutela, p. 136).

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 137.

¹¹² O douto Cândido Rangel Dinamarco, com relação às condutas abusivas do direito de defesa, muito bem afirmou que, “ao sanciona-las agora com a antecipação da tutela, não quis o legislador dispensar a probabilidade do direito nesses casos (exigência geral no *caput*) mas confirmou a dispensa de situações de perigo para o direito como supostos requisitos da antecipação” (A instrumentalidade do processo, p. 146).

Também é importante lembrar que a tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano poderá ser requerida não só depois de encerrada a fase instrutória, como também após ter sido proferida a sentença.

Face essas razões, neste ponto apenas tratar-se-á do estudo da prova inequívoca suficiente para o surgimento da verossimilhança necessária para a concessão da tutela antecipatória de cognição sumária baseada em fundado receio de dano.

“A denominada prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito”¹¹³. É que a prova suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito, ou seja, para a decisão meritória, somente pode ser encontrada através da técnica da cognição exauriente, sendo incoerente e incorreto exigi-la na cognição sumária¹¹⁴.

Destarte, “todo provimento antecipatório dos efeitos de uma futura sentença, em demanda satisfativa, deve apresentar o seguinte espectro eficaz: juízo declaratório de verossimilhança, por meio do qual o julgador manifestará o seu convencimento a respeito de *fumus boni iuris*, ou seja, o juiz haverá, necessariamente, para conceder a antecipação da tutela pretendida pelo autor, de ter como verossímil o direito que o autor pusera como fundamento para a ação”¹¹⁵.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 155.

¹¹⁴ A contrario sensu, Calmon de Passos afirma que “a antecipação de tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postulada, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação (In.: Inovações no CPC, 2ª ed., Forense, RJ, 1995, p. 11). Percebe-se, com transparência, a fragilidade da afirmação deste conceituado autor, pois já restou demonstrado no texto do presente trabalho monográfico que o caput art. 273 exige apenas prova inequívoca capaz de convencer o juiz do verossímil, prova esta que, sabe-se, não é a suficiente para o julgamento meritório. Portanto, é errado afirmar que a antecipação de tutela exige prova que possibilite desde já a decisão de mérito, mesmo porque esta exigência acabaria por sepultar este eficaz meio de oferecimento da adequada tutela jurisdicional nos casos previstos pelo art. 273 (casos que reclamam uma cognição sumária para que possam ser adequadamente tutelados).

¹¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil, v.3, 1996.

Ressalta-se que não é apenas a prova documental que permite a concessão da tutela antecipatória. A verossimilhança pode ser encontrada, também, através de outras provas¹¹⁶. Contudo, a verossimilhança a ser exigida pelo juiz deve necessariamente considerar: o valor do bem jurídico ameaçado; a dificuldade de o autor provar a sua alegação; a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação; e a própria urgência descrita¹¹⁷.

“É interessante observar, por outro lado, que o art. 461, § 3º, diz que, sendo relevante o fundamento da demanda, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente. O art. 461, como está claro, além de admitir, expressamente, a concessão da tutela liminarmente, fala em relevância do fundamento da demanda. Ora, a relevância do fundamento da demanda é justamente o *fumus boni iuris* – portanto, a verossimilhança suficiente para a concessão da tutela”¹¹⁸.

2.4 A irreversibilidade do provimento e a irreversibilidade dos efeitos fatídicos do provimento – a impossibilidade desta constituir obstáculo à tutela antecipatória.

Do § 2º do art. 273 extrai-se que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Nota-se com transparência que o texto fala em “irreversibilidade do provimento” e não em “irreversibilidade dos efeitos fatídicos do provimento”. Sabe-se, estes são conceitos que não se confundem¹¹⁹.

¹¹⁶ “O autor, ao requerer, na petição inicial, a tutela antecipatória, pode se valer de prova documental, de prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizada e de laudos ou pareceres de especialistas, que poderão substituir, em vista da situação de urgência, a prova pericial. O autor ainda pode requerer que sejam ouvidas, imediata e informalmente (vale dizer, nos dias seguintes ao requerimento de tutela), testemunhas ou o próprio réu, bem como pedir a imediata inspeção judicial, nos termos do art. 440 do Código de Processo Civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 77-78).

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 78.

¹¹⁸ Da análise do art. 461 e sua relação com o art. 273, destaca-se, também, que, como afirma Marinoni, “a tutela antecipatória, no caso de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser deferida, segundo expressa disposição do art. 461, mediante justificação prévia. A justificação prévia, entretanto, não pode ser considerada privilégio da ação que tenha por objeto cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, podendo ser realizada no caso em que o juiz a reputar necessária” (A antecipação da tutela, p. 157).

¹¹⁹ Com relação a estes conceitos, Marinoni corretamente afirma que “são coisas que não se misturam, se não fosse a confusão, que sempre reinou nos tribunais, entre a estrutura e a função da tutela antecipatória. No antigo direito francês, o ab-rogado art. 809, que afirmava que o *refere* não poderia causar ‘préjudice au principal’, foi interpretado no sentido de que a tutela provisória não poderia incidir de modo irreversível na esfera jurídica da parte... O novo Código de Processo Civil francês, entretanto, eliminou os equívocos que antiga fórmula do ‘préjudice au principal’ havia feito surgir. Parte-se, agora, da interpretação do art. 488, que diz que ‘l’ordonnance de refere n’a pas au principal l’autorité de la chose jugée’. Como esclarece Tomaseo, a interpretação que se dá é no sentido de que a tutela urgente não pode prejudicar a cognição do mérito da controvérsia; não pode vincular a

“A satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos efeitos fáticos desta tutela, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos práticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito. O que o § 2º do art. 273 veda, são determinadas declarações e constituições provisórias... O problema, neste caso, não é o da possibilidade da antecipação da declaração ou da constituição, mas sim o da sua viabilidade e utilidade em face das diversas situações concretas. Não há dúvida que é impossível admitir, de forma generalizada, a antecipação da declaração e da constituição, já que é inconcebível a tutela antecipatória nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas... O que o § 2º do artigo 273 veda é apenas a tutela antecipatória (de natureza constitutiva ou declaratória) nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas”¹²⁰.

Não há, portanto, nenhuma regra impeditiva da concessão da antecipação da tutela quando haja perigo de irreversibilidade dos efeitos desta decisão. Tal regra, inclusive, caso existisse, seria incompatível com o escopo da tutela antecipatória e, também, da própria jurisdição, que deve proporcionar a adequada tutela jurisdicional aos seus consumidores.

É que a tutela antecipatória, em muitos casos, se não concedida, pode vir a causar dano irreparável ao autor. Nestes casos, negar tutela sumária ao autor, devido ao perigo de irreversibilidade dos efeitos desta decisão, é o mesmo que lhe negar a adequada tutela jurisdicional. Aplica-se, nestes casos (em que possa haver a irreversibilidade dos efeitos da antecipação tanto para o autor como para o réu), o princípio da probabilidade e da proporcionalidade.

Na tutela antecipatória ainda não se sabe se o direito existe ou não existe (apenas com a cognição exauriente é que se chega a esta resposta). É por isso que se fala de tutela do direito

cognição do juízo de mérito; não pode, em resumo, prejudicar a decisão da causa” (A antecipação da tutela, p. 164-165).

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 166-167).

provável. Sacrifica-se o direito improvável para dar tutela àquele que possui uma maior probabilidade de existir, sendo que é por esta razão que se exige a prova inequívoca da verossimilhança do direito capaz de convencer o juiz da existência do *fumus boni iuris*. Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável¹²¹.

Por outro lado, tem-se que aplicar, também, o princípio da proporcionalidade. Isto porque a decisão sobre a concessão da tutela antecipatória deve considerar os valores dos bens jurídicos envolvidos, sempre que a antecipação possa trazer riscos de prejuízos irreversíveis para o réu. Assim, para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico, em cada caso concreto¹²².

Portanto, apresentando a parte autora prova inequívoca da verossimilhança do seu direito e estando o juiz convencido, através dela, da existência do *fumus boni iuris*, mas sendo um caso em que não só a concessão, como também a negação da liminar pode causar prejuízos irreversíveis (em face da presença do perigo de dano irreversível para ambas as partes), deve o juiz aplicar os princípios da probabilidade e da proporcionalidade para que efetive uma correta e justa apreciação do pedido de antecipação da tutela.

III – DO DIREITO À AMPLA DEFESA

¹²¹ “Basti per ora rilevare che il legislatore preferisce sai evitato un pregiudizio irreparabile a um diritto la cui esistenza probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a um diritto che, in sede de concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile: in altri termini, il diritto probabile prevale sul diritto improbabile” (TOMMASEO, Ferruccio. *Intervento. In.: Lês Messures Provisoires em Procédure Civile*, p. 307).

¹²² Karl Larenz, citado por Luiz Guilherme Marinoni, explica que o princípio da proporcionalidade exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo, conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação. Marinoni completa este pensamento afirmando que “não se trata de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens tem pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas... a ponderação de bens deve ser feita no caso concreto, uma vez que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela” (*A antecipação da tutela*, p. 173).

1. Ampla defesa: princípio constitucionalmente assegurado

1.1 Breve histórico

Desde os primeiros passos do Constitucionalismo, houve sempre expressa proteção, nas Cartas Magnas, aos direitos individuais envolvidos no processo criminal. Pode-se dizer que a origem de institutos como o *habeas corpus* e o direito de ampla defesa em juízo se confundem com as próprias origens do Direito Constitucional e, por conseguinte, com o surgimento do Estado de Direito.

Neste sentido, o direito constitucional brasileiro, desde de o Império, traz a garantia da ampla defesa inscrita em seus textos. As Constituições de 1824, 1891, 1937, 1946 e 1967 consagram o princípio da ampla defesa, limitado, todavia, ao processo penal. Apenas a Carta Política de 1988 trouxe, em seu texto, no inciso LV do art. 5º, expressamente a garantia da ampla defesa também para a esfera cível.

Portanto, a atual Constituição inovou ao prescrever no citado dispositivo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Este princípio, que na esfera constitucional sempre foi limitado ao processo penal, acabou, afinal, invadindo o domínio do processo civil.

1.2 Ampla defesa, Constituição e Processo Civil

Contudo, embora a ampla defesa no processo civil tenha sido elevada a categoria de princípio constitucional apenas pela atual Constituição, é preciso ter em mente que as exigências de um devido processo legal – onde a ampla defesa aparece como um dos elementos essenciais – acompanharam, invariavelmente, a história de nossas instituições processuais, desde o velho direito lusitano.

Destarte, observa-se que também com relação ao processo civil, lato senso, de modo algum se admitia que a defesa fosse vedada ou omitida, apesar da omissão constitucional

quanto à necessidade da sua observância. Isto porque, vale destacar, “o *due process of law* pressupõe que ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal”¹²³.

Destaca-se, ainda, que também o princípio da igualdade sempre esteve a exigir a ampla defesa no processo civil, como única forma a se atingir verdadeiramente um processo democrático¹²⁴. Por outro lado, sabe-se que o direito fundamental e genérico da igualdade se traduz, no campo da justiça, na igualdade das partes no processo.

Portanto, o que se observa no ato do constituinte federal, de inscrever no texto expresso da atual Carta Política a indispensável observância tanto dos princípios da igualdade e do devido processo legal, como também o da ampla defesa nos processos civis, penais e administrativos, é que teve ele o propósito deliberado de proteger o instituto da ampla defesa em todos os seus alcances com a intenção de “livrar o direito processual brasileiro, de qualquer categoria ou espécie, das formas de tutela jurisdicional que não sejam *plenária*, quanto ao limite das defesas, porventura reconhecidas aos demandados; e igualmente suprimir todas as técnicas de que o direito processual se vale para superação da *ordinariedade*, fazendo com que o “devido processo legal”, somado à exigência de “plenitude de defesa”, equipare-se, definitivamente, e identifique-se com o Procedimento Ordinário, cuja vocação para a *plenariedade* é um dado teórico inocultável”¹²⁵.

2. Compreensão e análise crítica da ampla defesa

2.1 Compreensão do termo

¹²³ THEODORO Jr., Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder da cautela no Direito Processual Civil. *In*: RT-655, 1991, p. 14.

¹²⁴ “Seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo. Essa participação constitui postulada inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 131-132).

¹²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A plenitude de defesa no Processo Civil, *In*: As garantias do cidadão na justiça, p. 150-151).

Para se chegar a uma exata compreensão do que significa a garantia constitucional da ampla defesa, faz-se necessária, primeiramente, a análise dos motivos pelos quais este instituto surgiu.

Seu surgimento adveio do fato de que tendo o Estado proibido a autotutela, trazendo para si o compromisso de regulação e solução dos conflitos de interesse através do poder jurisdicional, criou, em contra partida, o direito de ação, instrumento indispensável para obter-se a tutela dos direitos. Contudo, como a jurisdição constitui manifestação do poder do Estado (face à provocação do autor) capaz de interferir na esfera jurídica do acionado (réu), indispensável se faz que esse poder seja exercido através de um processo gerido por um procedimento realizado em contraditório, ou seja, que observe o direito de defesa. Daí o porque que a participação das partes é que legitima a atividade jurisdicional.

Nesses termos, o provimento do pedido do autor importa no reconhecimento da juridicidade da sua pretensão, sendo interferida, a partir daí, a esfera jurídica do réu, cuja liberdade sofre uma limitação ou vinculação de direito. A ação, pois, se apresenta sempre como o pedido que uma pessoa faz, ao órgão jurisdicional, de um provimento destinado a operar na esfera jurídica de outra pessoa – a esse fenômeno dá-se o nome de bilateralidade da ação, à qual corresponde a bilateralidade do processo¹²⁶. Já o réu, pelo simples fato de ser chamado a juízo, possui, evidentemente, interesse em obter a rejeição do pedido, com a declaração da inexistência do direito afirmado pelo autor e da falta de fundamento de sua pretensão.

Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo se desenvolve como contradição recíproca: é nisto que reside o “fundamento lógico” do contraditório. Reconhece-se ao réu uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais, a qual assume forma antitética à pretensão do autor (contradição). Destaca-se, também, o “fundamento político” do contraditório, que emerge do fato de o princípio de que ninguém

¹²⁶ CALAMANDREI, P. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 1943, § 33.

pode ser julgado sem antes ser ouvido (“memo inauditus domnari potest”) decorrer do próprio princípio da isonomia¹²⁷. Não se compadece com a isonomia e com os próprios princípios da tutela jurisdicional um tratamento unilateral no processo, sendo que é a própria participação isonômica das partes no processo que legitima o exercício do poder jurisdicional, como já foi dito.

Destarte, é necessário que seja garantida a efetividade do direito de defesa, pois sem ela estaria comprometida a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional. É por isso que o direito de defesa, da mesma forma que o direito de ação, é assegurado constitucionalmente¹²⁸ nos processos judiciais.

Estudados os motivos que deram causa ao surgimento da ampla defesa, pode-se, então, afirmar que “a defesa constitui, basicamente, direito às alegações e às provas que possam influenciar o espírito do julgador”¹²⁹. É inegável que o paralelismo entre ação e defesa tem por fim assegurar a ambos os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade da prática de qualquer ato processual idôneo para fazer valer em juízo os seus próprios direitos¹³⁰.

Não basta afirmar, entretanto, como bem concluiu o douto Marinoni, “que o direito de defesa é o direito a uma sentença que considere as razões do réu. O direito de defesa não pode ser apenas formalmente considerado; o que realmente vale é um direito de defesa efetivo e adequado. De qualquer forma, assim como o direito de ação, no nosso modo de ver, não se exaure com a simples propositura da ação, o direito de defesa não é apenas a apresentação da resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, *reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor*. Assim como o direito de ação, o direito

¹²⁷ GRINOVER, A. P. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, 1975, p. 90-91.

¹²⁸ Conforme alerta Marinoni, “não teria sentido assegurar o direito de ação sem assegurar o direito de defesa, pois ambos são fundamentais não só para a efetividade da participação, mas também para que o juiz possa, conhecendo as razões das duas partes, proferir uma sentença justa” (Novas linhas do processo civil, 1996, p. 128-129).

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, 1996, p. 129.

¹³⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile, Padova, CEDAM, 1970, p. 147.

de defesa se desdobra em um conjunto de garantias que confere ao réu a possibilidade de apresentar as suas alegações, produzir as suas provas, recorrer etc.”¹³¹

2.2 Direito e/ou garantia da ampla defesa:

Imprescindível, primeiramente, distinguir direito e garantia, pois não são raras as vezes que se alude a direito e/ou garantia da defesa, sem a necessária diferenciação.

Por direito entende-se, em sentido estrito, um fenômeno de índole declaratória, ou seja, contido em norma que exige determinado comportamento.

Por outro lado, a garantia é de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade. Muito bem destacou Ada Pellegrini que “as garantias são instrumentais em relação aos direitos: tanto assim que se pode falar no mandado de segurança e no *habeas corpus* como sendo garantias, na medida em que servem instrumentalmente para assegurar os direitos declarados”¹³².

Ocorre que um direito, por vezes, é ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos. Assim é para o direito de defesa, em si mesmo declaratório, mas concomitantemente garantia para a efetivação de outros direitos.

Neste sentido, tem-se que o direito à ampla defesa pode viabilizar o direito ao processo, pode garantir o direito ao contraditório, pode tutelar até o direito de ir e vir, ou seja, a liberdade pessoal, ficando claro, portanto, que o princípio constitucional da ampla defesa caracteriza-se tanto por ser um direito como também por ser uma garantia, sendo imprescindível, portanto, que se saiba quando estará figurando como direito ou como garantia para que não sejam cometidos equívocos.

2.3 Ampla defesa e contraditório

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 1996, p. 129.

¹³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua unidade*, 1984, p. 56.

Não há como negar a íntima relação entre defesa e contraditório. Autores consagrados, como Humberto Theodoro Junior, chegam ao extremo de afirmarem que “o contraditório se confunde com a ampla defesa”¹³³.

Sabe-se, no entanto, que o contraditório se desdobra em dois momentos: a informação e a possibilidade de reação¹³⁴, sendo inquestionável, portanto, que é dele que brota a ampla defesa, já que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Contudo, a partir de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que, conforme ensina Ada Pellegrini, “a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Isto porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas. Nessa ampla acepção, ação e defesa não se exaurem, evidentemente, no poder de impulso e no uso das exceções, mas se desdobram naquele conjunto de garantias que asseguram às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para dialeticamente¹³⁵ prepararem o

¹³³ THEODORO Jr., Humberto. *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil*, In: RT-655, 1991, p. 14.

¹³⁴ Como bem afirmou Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “o contraditório constitui expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contradita-los” (*A contrariedade na instrução criminal*, São Paulo, n. 80, 1937). Na *Italia*, *La China* (*L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del Cod. Proc. Civile*, Milão, 1970, p. 394) também vê no contraditório, de um lado, a necessária informação às partes e, de outro, a possível reação aos atos desfavoráveis. Informação necessária, reação possível. Observa-se, porém, desde logo, que esse segundo aspecto de mera possibilidade ou oportunidade, toma nuances diversas em todos os processos em que se controverta em torno de uma relação jurídica material indisponível, como é o caso do processo penal.

¹³⁵ É através da contraposição dialética, oferecida pelo contraditório, que se dá a busca da verdade no processo capaz de formar o convencimento do julgador e garantir o êxito da prestação jurisdicional. Por oportuna, vale destacar a lição de Ada Pellegrini Grinover a respeito desta questão: “A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente... Os três momentos da dialética, entendida como procedimento gnosiológico, são, em última análise, a afirmação de uma realidade (tese), sua negação (antítese), e finalmente a negativa, ou da afirmação, ou da negação. E, no processo, a dialética não se limita a operar no plano abstrato, mas atua no plano concreto, exprimindo a participação dos dois sujeitos no procedimento cognitivo. Nesse sentido que se fala em dialética do processo, valendo ainda lembrar que o que neste se intenta é remontar de uma ou de várias hipóteses à verdade, mediante um método empírico, mercê do qual a atividade do juiz guarda analogia com a do historiador” (*Novas tendências do direito processual*, 1990, p. 3).

espírito do juiz ... ação e defesa acabam transformando-se em abrangentes garantias do justo processo e o contraditório, neste enfoque, nada mais é que uma da emanção daquela ação e daquela defesa”¹³⁶.

Destarte, tem-se que a defesa garante o contraditório e por ele se manifesta e é garantida, pois, conforme já salientado, a defesa brota do contraditório, se fazendo possível graças a um de seus momentos constitutivos, que é a informação, e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento, qual seja, o da possibilidade de reação.

3. Efetividade e plenitude da ampla defesa:

3.1 Da necessidade de uma efetiva e plena ampla defesa nos processos judiciais

É o próprio Estado-de-Direito Democrático que exige a efetiva participação das partes nos processos judiciais, sob pena de este ser considerado ilegítimo. Isto porque não se compatibiliza com o espírito desta forma estatal a imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório.

Este efetivo contraditório, afirma a Constituição, deve ser observado na atividade instrutória, momento em que o direito à ampla defesa não pode ser apenas formalmente considerado. O direito de defesa deve ser realmente efetivo e adequado, indicando a necessidade de, durante a atividade instrutória, serem utilizados todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões¹³⁷.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, 1990, p. 5.

¹³⁷ Trata-se do novo significado social do princípio de igualdade processual, atuado mediante adequados institutos e por força do reconhecimento de poderes de iniciativa judicial que, como lembrava Calamandrei, “podem colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente à mais forte, e impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos” (*Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, P’adua, 1941, p. 252).

Destarte, “assim como o direito de ação não se exaure com a simples propositura da ação, o direito de defesa não é apenas a apresentação da resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, *reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor*. Assim como o direito de ação, o direito de defesa se desdobra em um conjunto de garantias que confere ao réu a possibilidade de apresentar as suas alegações, produzir as suas provas, recorrer etc”¹³⁸, ou seja, deve-se lhe possibilitar influir no convencimento do juiz através de todos os atos capazes de levar à efetiva tutela do direito material, pela prova e fora da prova.

3.2 Restrições ao princípio em virtude do direito substancial a ser tutelado e dos valores estampados na Constituição

Apesar do exposto no ponto anterior, deve-se ter em mente que a efetividade e a plenitude da defesa estão sujeitas aos valores estampados na Constituição e às características da relação jurídica de direito material que é subjacente ao processo, pois o direito material, para cuja atuação o processo existe, penetra e permeia necessariamente o direito processual, que constitui seu instrumento de realização.

Destarte, é legítima a existência de procedimentos que não atendam ao direito à ampla defesa em sua plenitude. Contudo, é necessário averiguar, em face do seu desenho legal e a partir de um ângulo externo, se ele está de acordo com as necessidades do direito substancial e com os valores da Constituição, pois, conforme ensina Marinoni, “a lei, ao limitar o exercício do direito de defesa (reservando exceções para outra demanda), ao limitar o exercício do direito à prova, ou ainda ao inverter o ônus da prova, deve estar atenta às necessidades do direito substancial e aos valores constitucionais. O réu também tem direito ao procedimento adequado”¹³⁹.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 1996, p. 129.

¹³⁹ *Idem, ibidem*.

Uma outra questão que deve ser destacada é que, como já foi anteriormente afirmado, o contraditório constitui-se da informação *necessária* e da *possível* reação. Contudo, sabe-se que o direito material, ao penetrar e permear o direito processual, modifica a carga de disponibilidade do processo. Portanto, a disponibilidade da reação, no contraditório, também vai seguir esta mesma regra.

Assim, tem-se que, partindo do processo civil plenamente dispositivo, em que talvez se possa dizer que a defesa se satisfaça com a simples possibilidade de reação, passando pelo processo civil indisponível, onde a falta da participação há de ser suprida de alguma maneira e onde se lança mão de institutos como a intervenção necessária do Ministério Público e do curador para o réu revél citado por editais, ou por hora certa, transitando pelo processo trabalhista, onde a inferioridade econômica do trabalhador, numa estrutura capitalista, cria novos hábitos assistenciais no juiz, chega-se finalmente ao processo penal, com seu máximo publicista e seu mínimo de disponibilidade, onde, não se podendo aceitar a aquiescência na limitação da liberdade, é igualmente impossível aplicar a pena pela omissão da defesa¹⁴⁰.

A defesa no processo penal, portanto, há de ser plena e efetiva, devendo o contraditório, nesta seara do direito processual, não apenas ser garantido, mas também estimulado. Exigência inexistente no processo civil, quando marcado pela disponibilidade da reação, conforme demonstrado.

Destaca-se, aqui, que este é o núcleo do presente trabalho monográfico, pois coloca em debate a legitimidade de procedimentos diferenciados capazes de oferecerem uma tutela jurisdicional efetiva e, portanto, tempestiva, confrontando-os, por outro lado, com a exigência constitucional da ampla defesa. Em razão disto, passar-se-á para o último e conclusivo capítulo, onde, de forma mais ampla e profunda, enfrentar-se-á esta questão, usando-se como

¹⁴⁰ A respeito ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, 1990, p. 12; DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*, *In.*: Rev. PGE, São Paulo, n. 19, 1981/82 p. 35.

fundamentos conclusivos os argumentos presentes nos capítulos precedentes que devidamente dissecaram cada um dos pontos a serem confrontados, qual sejam: tutela jurisdicional tempestiva (capítulo I); antecipação de tutela (capítulo II); direito à ampla defesa (capítulo III).

IV - TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA, ATRAVÉS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

1. Análises conclusivas

Após esta necessária abordagem da tutela jurisdicional tempestiva (capítulo I), da antecipação de tutela (capítulo II) e do direito à ampla defesa (capítulo III), a partir dos valores estampados e tutelados pela atual Constituição, é perfeitamente possível extrair-se conclusões de cunho instrutivo do confronto entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional (através do mecanismo da antecipação da tutela) e o direito à certeza, ou seja, à cognição definitiva (através do efetivo e pleno respeito ao direito à ampla defesa).

Da análise dos escopos da jurisdição - jurídicos, sociais e políticos -, restou evidenciada a imprescindibilidade de uma obediência extrema à Constituição quando da aplicação do direito.

As normas processuais não fogem a esta regra, devendo ser lidas, portanto, à luz dos princípios e das regras constitucionais. Deve-se, conforme entendimento consagrado na doutrina, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição e não só com sua letra, mas também com seu espírito, tratando-a de forma harmônica, orgânica, completa e sistemática. Isto porque “a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive”¹⁴¹.

Destarte, é da Constituição que devem ser extraídas as respostas das questões envolvendo tempestividade e certeza, as quais não são poucas em razão do considerável

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, 1990, p 15.

número de procedimentos que, no intuito de oferecerem uma tutela jurisdicional tempestiva, acabam por afrontarem o princípio da ampla defesa, como é o caso da antecipação de tutela.

Ocorre que, conforme amplamente demonstrado, tanto o direito a uma tutela jurisdicional tempestiva como o direito à ampla defesa são garantidos pela letra da Constituição. Deve-se, portanto, ir além da letra Constitucional, chegando-se ao seu espírito, pois é aí, através de uma interpretação harmônica, orgânica, completa e sistemática, que as respostas livres de questionamento podem ser efetivamente colhidas.

Não por outra razão que, quando da abordagem supra da tutela jurisdicional tempestiva e da ampla defesa, procurou-se, sempre, apontar as justificativas para suas respectivas inserções no texto constitucional, bem como os fundamentos constitucionais que as garantem.

Neste sentido, apontou-se o princípio da igualdade como um dos fundamentos para que fosse garantida a ampla defesa.

Contudo, restou demonstrado, por outro lado, que a ampla defesa pode ser a semente da desigualdade quando frente a processos em que o autor carece de uma resposta urgente para que a tutela jurisdicional seja adequada às necessidades do direito material subjacente, seja porque este direito apresenta-se desde logo de forma evidente, seja porque corre risco de lesão.

Nestes casos, a ampla defesa provoca a existência de uma enorme desigualdade no processo, visto que, ao mesmo tempo em que tutela o direito do réu à cognição definitiva, priva o autor de receber uma efetiva tutela de seu direito. No momento da propositura da ação, autor e réu estão em pé de igualdade, possuindo iguais índices de probabilidade de ter direito ao bem em litígio. Contudo, como é o autor que depende da resposta jurisdicional, a partir do momento que a demora do processo passa a atingi-lo, causando-lhe um dano, o processo passa a beneficiar o réu, deixando-o em uma posição privilegiada perante o autor, o que é totalmente incompatível com o princípio da igualdade.

Bem por isso que o Douto Marinoni insistentemente vem afirmando em suas obras que “o processo é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem”¹⁴². Não há como se admitir que o tempo do processo continue a prejudicar o autor e a beneficiar o réu¹⁴³, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de tratar os litigantes de forma isonômica e de tutelar de forma pronta e efetiva os diferentes direitos elencados pelo legislador^{144 145}.

Assim, o direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo¹⁴⁶ ou quando, havendo risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, afigura-se presente prova de existência da verossimilhança do direito.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 21.

¹⁴³ “O procedimento ordinário faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo a miséria. É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 15).

¹⁴⁴ Ver supra : ponto - 2.1.1 *A proibição da autotutela e a efetividade do processo*.

¹⁴⁵ Ovídio A. Baptista da Silva, a partir de uma análise crítica do direito à ampla defesa, com acerto chegou a duas importantes conclusões: “a) na medida em que o processo oferece aos diferentes direitos materiais que lhe cabe tratar, procedimentos diferenciados e, tanto quanto possível, adaptados a suas exigências peculiares, fortalece-se o princípio da *instrumentalidade* do processo, tornando-o funcionalmente adequado e harmônico com sua finalidade de dispositivo realizador do direito material; b) significa também o reconhecimento da velha verdade, tão conhecida dos filósofos e dos juristas, de que a observância do princípio da igualdade - elemento essencial à idéia de direito - exige que se tratem desigualmente as coisas desiguais. E mais, obriga-nos a admitir que nenhuma organização política que se gabe de estruturar-se como Estado de Direito poderá abolir determinados privilégios, como se não houvesse, necessariamente, uma escala de valores que o direito material institui, invariavelmente, e que o processo civil deve reconhecer, levar em conta e instrumentalizar. De modo que, neste domínio, para desgosto dos que apregoam a ‘modernidade’ e os princípios do liberalismo, o pêndulo da história se inclina para os *processos sumários*, contra o anacronismo do procedimento ordinário” (A ‘Plenitude da Defesa no Processo Civil, In: *As garantias do cidadão na justiça*, p. 165).

¹⁴⁶ “Para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre as partes litigantes. O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela antecipatória, como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A defesa do réu deve ser considerada abusiva quando puder protelar indevidamente a realização do direito afirmado pelo autor; quando o direito do autor estiver evidenciado e a defesa não tiver fundamento razoável, ou ainda quando puder protelar indevidamente, por outra razão digna de consideração, a realização do direito, cabe a tutela antecipatória baseada no abuso de direito de defesa” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 28).

Isto porque, analisando-se o processo a partir de uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificá-lo segundo os objetivos que através dele o Estado busca atingir, não há como se admitir que o processo imponha um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem.

Conclui-se, daí, ser inevitável que o processo seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela para que possa tutelar efetivamente¹⁴⁷ e, conseqüentemente, tempestivamente os diferentes direitos materiais que lhe cabe realizar, fazendo com que impere a igualdade¹⁴⁸ do início ao fim do processo, através de uma correta distribuição do ônus do tempo inerente a todo processo judicial. Em meio à visível crise que afeta a Justiça Civil, a técnica antecipatória constitui, portanto, sinal de esperança, tratando-se de instrumento que, se corretamente utilizado, certamente contribuirá para a efetividade do processo, bem como para a restauração da igualdade no mesmo, permitindo que os escopos da jurisdição sejam devidamente concretizados.

É neste sentido que cabe ao Poder Judiciário, através do seu *poder* jurisdicional, fazer uso, nos diferentes processos, dos diferentes e respectivos procedimentos, como o da antecipação da tutela, para que possa efetivamente atuar a vontade concreta do direito a partir dos valores tutelados pela Constituição (escopo jurídico da jurisdição), pacificando com justiça as diferentes relações de direito substancial (escopo social) e, assim, ao garantir a tutela jurisdicional adequada dos direitos que oferece, possa legitimar-se como a única fonte de

¹⁴⁷ “A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Preserva-se, assim, o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia - que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material - de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor” (MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, p. 27).

¹⁴⁸ Neste sentido, dos ensinamentos do douto Marinoni, extrai-se que, “a demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade” (A antecipação da tutela, p. 20).

violência autorizada, afirmando e garantindo o monopólio do poder ao Estado (escopo político).

Destarte, o juiz, ao fazer uso corretamente da técnica antecipatória, não estará agredindo a Constituição no que tange ao direito à ampla defesa, mas sim estará dando sentido ao espírito da Carta Magna por realizar uma interpretação harmônica, orgânica, completa e sistemática - e não apenas literal - do seu conteúdo, cumprindo sua função de agente investido do poder jurisdicional, fazendo com que os escopos da jurisdição saiam do plano teórico e adentrem ao da *práxis*, para que sejam efetivamente concretizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A contrariedade na instrução criminal, São Paulo, n. 80, 1937.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Antecipação de tutela na reforma processual, Rio de Janeiro, destaque, 1996.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Princípios constitucionais na Constituição Federal de 1988 e o acesso à justiça. *In.*: Revista do Advogado (AASP), v. 34.

_____. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *In.*: Reforma do Código de Processo Civil (coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil; tutela antecipada, perícia. *In.*: Reforma do Código de Processo Civil (coordenação: Sálvio Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.

_____. O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício). *In.*: Revista Brasileira de Direito Processual, v. 16.

ARAÚJO, Justino Magno. Direito de defesa no processo civil e no processo penal. *In.*: Revista da Ajuris, v. 26, 1982.

ARCE, Joaquim, e Valdés, Flórez. Los principios del Derecho y su formulación constitucional, Madrid, Civitas, 1990.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada, São Paulo, Ed. RT, 2000.

ARIETA, Giovanni. I provvedimenti d'urgenza, 2ª ed., Padova, CEDAM, 1985.

BERMUDES, Sérgio. *In.*: A reforma do CPC, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, p. 35.

CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile, Nápoles, Morano, 1970.

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *In.*: Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, 1955.

CALMON DE PASSOS, J. J. Da antecipação da tutela. *In.*: Reforma do Código de Processo civil (coordenação: Sálvio Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.

- _____. Democracia, participação e processo. *In.*: Participação e Processo, São Paulo, Ed. RT, 1988.
- _____. Inovações no CPC, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1989.
- _____, e Moreira, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso como fenómeno social de masa. *In.*: Proceso, ideología, sociedad, Buenos Aires, EJEJA, 1974.
- _____, e Sgarth, Bryant. Acesso à justiça (tradução: Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo, Napoli, Jovene, 1958.
- _____. Sistema di diritto processuale civile, v. 1, Padova, CEDAM, 1936.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela no processo civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- _____. O novo recurso de agravo e outros estudos, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. *In.*: Saggi di diritto processuale civile, I, 2ª ed., Roma, Foro Italiano, 1930.
- _____. Principi di diritto processuale civile, 4ª ed., Nápoli, Jovene, 1928
- _____. Instituições de direito processual civil, v. 1 e 2, São Paulo, Saraiva, 1965.
- CITRA, Antonio Carlos de Araújo, e outros. Teoria geral do processo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile, Padova, CEDAM, 1970.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *In.*: RePro, v. 66, São Paulo, Ed. RT.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil, Curitiba, Juruá, 1992.
- DELGADO, José Augusto. Princípios processuais constitucionais. *In.*: Revista da Ajuris, v. 39, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

_____. *O princípio do Contraditório*. *In.*: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo, RT, 1987.

_____. *Escopos políticos do processo*. *In.*: *Participação e Processo* (org.: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe), São Paulo, RT, 1998.

_____. *Tutela jurisdicional*. *In.*: *RePro*, v. 81, São Paulo, RT, 1997.

_____, e outros. *Teoria geral do processo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios cautelares e liminares*. *In.*: *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães* (coordenador: José Carlos Barbosa Moreira), Rio de Janeiro, Forense, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*, São Paulo, Saraiva, 1974.

FRIEDE, Reis. *Aspectos fundamentais das medidas liminares*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.

_____. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar, à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

_____. *Medidas liminares em matéria tributária*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, RT, 1973.

_____. *O acesso à justiça no ano 2000*. *In.*: *Processo Civil Contemporâneo* (coordenador: Luiz Guilherme Marinoni), Curitiba, Juruá, 1994.

_____. *O processo em evolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

_____. *O processo em sua unidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo, Bushatsky, 1975.

- _____. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *In.*: Novas tendências do direito processual, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.
- _____. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias, *Repro*, v. 46, São Paulo, RT, 1987.
- _____, e outros. Teoria geral do processo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal, (art. 32 de la Constitución Política), *RePro*, v. 47, São Paulo, RT, 1987.
- IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito, Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- KELSEN, Hans. Compendio de Teoría General del Estado, 1934.
- LACERDA, Galeano. Tutela antecipatória e tutela interdita. *In.*: Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (coordenador: José Carlos Barbosa Moreira), Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *In.*: *Revista di Diritto Processuale*, 1952.
- _____. Estudos sobre o processo civil brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1947.
- _____. Manual de direito processual civil (tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco), 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela Antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC, na redação conferida pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994. *In.*: Reforma do Código de Processo Civil (coordenação: Sálvio Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do processo civil, São Paulo, Malheiros, 1995.
- _____. A antecipação da tutela, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- _____. A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e não fazer). *In.*: *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Gênese, v. 1, 1996.
- _____. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. *In.*: *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba, Gênese, 1997.
- _____. Efetividade do processo e tutela de urgência, Porto Alegre, Fabris, 1994.

- _____. *Novas linhas do processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- _____. *O direito à adequada tutela jurisdicional*. *In.*: *Revista dos Tribunais*, v. 663, São Paulo, RT, 1991.
- _____. *Proibição da concessão de liminares*, *RePro*, v. 60, São Paulo, RT, 1990.
- _____. *Tutela antecipatória, Julgamento antecipado e execução imediata de sentença*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1999.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994.
- _____. *Tutela específica*, São Paulo, RT, 2000.
- _____. *Tutela inibitória*, São Paulo, RT, 1998.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, 2ª ed., Campinas, Millennium, 1998.
- MORELLO, Augusto Mario. *Las nuevas exigencias de tutela*, *RePro*, v. 31, São Paulo, RT, 1983.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*, *RePro*, v. 45, São Paulo, RT, 1985.
- _____. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, *RePro*, v. 35, São Paulo, RT, 1984.
- _____. *Dimensiones sociales del proceso civil*, *RePro*, v. 45, São Paulo, RT, 1987.
- _____. *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*. *In.*: *Temas de Direito Processual*, 3ª série, São Paulo, Saraiva, 1984.
- _____. *Tendências na execução de sentença e ordens judiciais*. *In.*: *Temas de Direito Processual*, 4ª série, São Paulo, Saraiva, 1989.
- MORTATI. *Instituzioni di Diritto Pubblico*, tomo I, 1969.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996.
- _____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo, RT, 1992.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipada. *In.*; Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (coordenador: José Carlos Barbosa Moreira), Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____. O juiz e o princípio do contraditório, *Repro*, v. 73, São Paulo, RT, 1994.

PERROT, Roger. Les mesures provisoires en droit français, Milano, Giuffrè, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de processo Civil, tt. 9 e 10, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

_____. Tratado das ações, v. 1, São Paulo, RT, 1970.

POP, Carlyle. Execução de obrigação de fazer, Curitiba, Juruá, 1995.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla giustizia civile, Bari, Cacucci, 1982.

_____. Intervento. La tutela d'urgenza, (atti Del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985), Rimini, Maggioli Editore, 1985.

_____. Principi generale del processo e riforma del rito ordinario. *In.*: Revista Trimestrali de Diritto e Procedure Civile, 1990.

RAGONE, Alvaro J. D. Pérez. Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria. *In.*: Revista de Derecho Procesal, nº 1, Madrid, Reunidas, 2000.

RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória na Itália. *In.*: Revista de Direito Processual Civil, v. 4, Curitiba, Gênese, 1997.

ROSSI, Abelardo F. "Prologo" ao Volume "La Función Judicial", Buenos Aires, 1981.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A "antecipação" da tutela na recente reforma processual. *In.*: Reforma do Código de Processo Civil (coordenação: Sálvio Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.

_____. A "plenitude da defesa" no processo civil. *In.*: As garantias do cidadão na justiça (coordenação: Sálvio Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1993.

_____. Democracia moderna e processo civil. *In.*: Participação e Processo, São Paulo, RT, 1988.

- _____. Comentários ao Código de Processo Civil – “Do processo cautelar”, 2ª ed., Porto Alegre, Lejur, 1986.
- _____. Curso de processo civil, v. 3, Porto Alegre, Fabris, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *In.*: RT, v. 665, 1991.
- _____. Princípios gerais do direito processual civil. *In.*: RePro, v. 23, São Paulo, RT, 1981.
- _____. Processo cautelar, São Paulo, LEUD, 1976.
- TOMMASEO, Ferruccio. I provvedimenti d’urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria, Padova, CEDAM, 1983.
- _____. Intervento. *In.*: Lês Messures Provisoires em Procédure Civile, Milano, Giuffrè, 1985.
- TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione – Problemi di diritto Tedesco e Italiano, Milão, Guffrè, 1974.
- TUCCI, Rogério Lauria, e Tucci, Jossé Rogério Cruz e. Constituição de 1988 e processo, São Paulo, Saraiva, 1989.
- _____. Devido Processo Legal e tutela jurisdicional, São Paulo, RT, 1993.
- WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba, Bogotá, Temis, 1985.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In.*: Reforma do Código de Processo Civil (coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.

ÍNDICE:

INTRODUÇÃO	<i>p. 01</i>
-------------------------	--------------

Capítulo I - DA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA

1. OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

1.1 <i>Jurisdição (poder): considerações prévias</i>	<i>p. 03</i>
1.1.1 Jurisdição e composição da lide.....	<i>p. 03</i>
1.1.2 Jurisdição e atuação da vontade concreta da lei.....	<i>p. 04</i>
1.1.3 Análise crítica dos escopos da jurisdição.....	<i>p. 05</i>
1.2 <i>Escopos jurídicos</i>	<i>p. 06</i>
1.3 <i>Escopos sociais</i>	<i>p. 08</i>
1.4 <i>Escopos políticos</i>	<i>p. 10</i>

2. ADEQUAÇÃO E EFICÁCIA DO PROCESSO E DA TUTELA JURISDICIONAL: A BUSCA POR UMA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA

2.1 <i>Da necessidade de efetividade do processo - acesso à justiça</i>	<i>p. 11</i>
2.1.1 A proibição da autotutela e a efetividade do processo.....	<i>p. 11</i>
2.1.2 A tutela jurisdicional dos direitos.....	<i>p. 14</i>
2.1.3 Due process of law e princípio da inafastabilidade como garantias do direito à adequada tutela jurisdicional.....	<i>p. 15</i>
2.1.4 Excessiva duração do processo e denegação da justiça.....	<i>p. 16</i>
2.1.5 Da necessidade de distribuição do ônus do tempo do processo.....	<i>p. 18</i>
2.1.6 A importância da técnica antecipatória - como meio para atingir-se a efetividade do processo e uma correta distribuição do ônus do tempo - e a crise da justiça.....	<i>p. 19</i>
2.1.7 Acesso à justiça e efetividade do processo.....	<i>p. 20</i>
2.1.8 Princípio da utilidade e efetividade do processo.....	<i>p. 21</i>
2.1.9 Efetividade do processo e tutela jurisdicional tempestiva - a importância da tutela antecipatória.....	<i>p. 22</i>
2.2 <i>As técnicas da cognição, da antecipação e da atuação dos direitos e a tutela jurisdicional tempestiva</i>	<i>p. 22</i>
2.2.1 A técnica da cognição.....	<i>p. 23</i>
2.2.2 A técnica da antecipação.....	<i>p. 24</i>

2.2.3 A técnica da atuação dos direitos e a tutela antecipatória.....	p. 25
2.3 <i>Tutela inibitória, tutela cautelar e tutela antecipatória - diferenças básicas</i>	p. 26

Capítulo II - DA ANTECIPACÃO DA TUTELA

1. A TUTELA ANTECIPATORIA

1.1 <i>Evolução do instituto no Brasil</i>	p. 29
1.2 <i>A consagração da tutela antecipatória no direito brasileiro, seu entendimento e natureza jurídica</i>	p. 32
1.3 <i>O direito à tutela antecipatória</i>	p. 33

2. A ANTECIPACÃO DA TUTELA NA REFORMA DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL: REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO

2.1 <i>Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação</i>	p. 34
2.2 <i>Abuso do direito de defesa</i>	p. 35
2.3 <i>Prova inequívoca e a verossimilhança do direito</i>	p. 36
2.4 <i>A irreversibilidade do provimento e a irreversibilidade do efeitos fáticos do procedimento - a impossibilidade desta constituir obstáculo à tutela antecipatória</i>	p. 38

Capítulo III - DO DIREITO À AMPLA DEFESA

1. AMPLA DEFESA: PRINCÍPIO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO

1.1 <i>Breve histórico</i>	p. 40
1.2 <i>Ampla defesa, Constituição e Processo Civil</i>	p. 41

2. COMPREENSÃO E ANÁLISE CRÍTICA DA AMPLA DEFESA

2.1 <i>Compreensão do termo</i>	p. 42
2.2 <i>Direito e/ou garantia da ampla defesa</i>	p. 45
2.3 <i>Ampla defesa e contraditório</i>	p. 45

3. EFETIVIDADE E PLENITUDE DA AMPLA DEFESA

- 3.1 *Da necessidade de uma efetiva e plena ampla defesa nos processos judiciais*..... p. 47
- 3.2 *Restrições do princípio em virtude do direito substancial a ser tutelado e dos valores estampados na Constituição*..... p. 48

Capítulo IV – TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA, ATRAVÉS DA ANTECIPACÃO DA TUTELA, E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

1. ANÁLISES CONCLUSIVAS..... p. 50

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... p. 55

ÍNDICE..... p. 62