

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA”. UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

JOSÉLIA DONIZETI MARQUES ALVES DIAS

**A ORDEM JURÍDICA JUSTA E A TUTELA ANTECIPADA COMO
MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA**

MARÍLIA
2006

JOSÉLIA DONIZETI MARQUES ALVES DIAS

**A ORDEM JURÍDICA JUSTA E A TUTELA ANTECIPADA COMO
MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

MARÍLIA
2006

DIAS, Josélia Donizeti Marques Alves

A ordem jurídica justa e a tutela antecipada como mecanismo de acesso à justiça/ Josélia Donizeti Marques Alves Dias; orientador: Benedito Cerezzo Pereira Filho. Marília, SP: [s.n.], 2006.

186 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Acesso. 2. Justiça. 3. Efetividade. 4. Tutela antecipada. 5. Ordem jurídica justa. 6. Princípios constitucionais. 7. Poder. 8. Juiz.

CDD: 341.236

JOSÉLIA DONIZETI MARQUES ALVES DIAS

**A ORDEM JURÍDICA JUSTA E A TUTELA ANTECIPADA COMO
MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Banca examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: _____ (_____)

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

Marília, 16 de agosto de 2006.

Aos meus pais Melchior e Elza por seu amor infinito...

Ao meu companheiro inseparável Marivaldo pelo amor e incentivo nestes tantos anos...

Aos meus filhos Lennon e Bruna com todo o amor do mundo!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, Aquele que permitiu minha existência, traçando para mim caminhos nem sempre fáceis, mas que apenas eu poderia trilhá-los para fazer o meu destino...

Agradeço infinitamente aos meus pais por terem me acolhido com todo o amor do mundo...

Agradeço especialmente meu amigo, companheiro e esposo pelas vezes em que nele precisei apoiar-me para não esmorecer em meus propósitos; pela mão sempre estendida, pela sinceridade que só os verdadeiros companheiros partilham.; obrigada por ser meu anjo da guarda...

Agradeço carinhosamente a todos os meus mestres, desde aquele que me ensinou a desenhar as letras e todos os outros que, de alguma forma, contribuíram para minha formação. Designo, aqui, um agradecimento especial ao meu orientador, professor Benedito, por quem reitero minha profunda admiração pela sua dedicação e conhecimento, sempre prestativo e paciente, orientando-me na vida acadêmica desde a graduação.

Agradeço ao professor Jaime W. Gasparotto, de firmes e sábias palavras; pessoa a quem aprendi admirar e respeitar nesse tempo de convivência...

Agradeço aos meus amigos Ito Shintaku e Sandra Shintaku, Valéria Furlan, Luci Sasso, Luiz Guilherme M. Gimenez e Laís B. Bonato pelo carinho e incentivo partilhados ...

Debaixo da ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. E seria bom que o juiz fosse capaz de reviver em si, para compreendê-los, cada um desses sentimentos; experimentar a prostração de quem rouba para matar a fome ou o tormento de quem mata por ciúme; ser sucessivamente (e algumas vezes, ao mesmo tempo) inquilino e locador, meeiro e proprietário de terras, operário em greve e industrial. Justiça é compreensão; isto é, abarcar e conciliar os interesses opostos: a sociedade de hoje e as esperanças de amanhã, as razões de quem a defende e as de quem a acusa. Mas se o juiz compreendesse tudo, talvez não pudesse mais julgar: tout comprendre, c'est tout pardonner. Talvez, para que possa alcançar os limitados objetivos que nossa sociedade lhe atribui, a justiça necessite para funcionar, de horizontes não demasiado vastos e de um certo espírito conservador, que pode parecer mesquinharia. Os horizontes do juiz são marcados pelas leis; se o juiz compreendesse o que há além, talvez não pudesse mais aplicá-las com tranqüilidade de consciência. É bom que não perceba que a função que a sociedade atribui à justiça é, com freqüência, a de conservar as injustiças consagradas nos códigos.

PIERO CALAMANDREI

Eles, os juízes, vistos por um advogado

DIAS, Josélia Donizeti Marques Alves. **A ordem jurídica justa e a tutela antecipada como mecanismo de acesso à justiça**. 2006. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo uma análise reflexiva sobre a ordem jurídica justa e a tutela antecipada como mecanismo de acesso efetivo à justiça. Encontra-se inserido dentro da linha de pesquisa do Mestrado em *Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica*. Insatisfatória a estreita visão do acesso à Justiça como acesso aos Tribunais. Se este é o coroamento do Estado de Direito, é também – e simultaneamente – um direito meramente formal, tantos são os obstáculos antepostos ao acesso da pessoa à ordem jurídica justa. Esta se manifesta sob a égide do equilíbrio das decisões, da igualdade entre as partes e da liberdade do indivíduo. Nesse sentido, a preocupação de que a tutela jurisdicional seja adequada ao direito pretendido, tempestiva, concedida dentro de um prazo razoável e efetiva, que alcance efeitos no mundo fático. Entretanto, para viabilizar essa justiça, o processo precisa de mecanismos capazes de instrumentalizá-lo e torná-lo ágil, célere, tal como a tutela antecipada. Foi proposta uma investigação histórica acerca da formação da estrutura judiciária no Brasil. Realizou-se um entrelaçamento entre o acesso à justiça e os princípios constitucionais que garantem a efetividade e a celeridade processual. Enfatizou-se alguns tratados internacionais que obrigam o Brasil a ser célere em suas decisões. Por fim, o capítulo derradeiro que trouxe a tutela antecipada como meio de efetivação da justiça. Salientou-se a importância do papel do juiz que, a despeito da falta de estrutura material e da multiplicação de demandas, pode conferir celeridade aos feitos, desde que se sirva adequadamente do raciocínio constitucional e confira ao processo a sua destinação instrumental. Concluiu-se que, através do instituto da tutela antecipada, é possível alcançar a ordem jurídica justa e propiciar o acesso efetivo à justiça, tomando-a como resultado final do Processo Civil que é dar ao indivíduo o direito material que almeja de forma rápida e eficaz.

Palavras-chave: Acesso. Justiça. Efetividade. Tutela antecipada. Ordem jurídica justa. Princípios constitucionais. Poder. Juiz.

DIAS, Josélia Donizeti Marques Alves. **A ordem jurídica justa e a tutela antecipada como mecanismo de acesso à justiça.** 2006. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

ABSTRACT

The present dissertation proposes a reflexive analysis of the Juridical Order and of the anticipated tutelage that provides an effective access to justice. It is inserted in the “Critic to the fundamentals of the juridical dogmatic” research line of the Program of Post-Graduation in Law and provides us a view of the access to justice, which is limited and restricted, because people have to face many obstacles to access a fair juridical order. The objective of the fair juridical order is to provide us an equilibration of decisions, equality between the parts and freedom for people. So that, the jurisdictional tutelage will be considered property if a right had been conceived in a reasonable and effective time. However, this will only be possible if we have a system capable to make decisions be rapid, just as the anticipated tutelage. In this dissertation, firstly, we have proposed a historical analysis of the juridical structure in Brazil. Then we presented some International Treaties that oblige Brazil to be rapid in its decisions. Finally, we have approached the anticipated tutelage as a form to reach an effective justice. Thus, we have concluded that trough the institute of the anticipated tutelage we can reach a fair juridical order and obtain an effective access to justice, which is provided in a rapid and effective form.

Keywords: Access. Justice. Effectiveness. Anticipated Tutelage. Fair Juridical Order. Constitutional Principles. Judge.

DIAS, Josélia Donizeti Marques Alves. **A ordem jurídica justa e a tutela antecipada como mecanismo de acesso à justiça.** 2006. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMEN

La presente disertación proporciona un análisis reflexivo acerca de la orden jurídica justa y de la tutela anticipada como un mecanismo de acceso efectivo a la justicia. Ella se insiere en la línea de investigación científica “Crítica a los fundamentos de la dogmática jurídica” del Programa de Pos-Graduación en Derecho y proporciona una visión al acceso a la justicia que se muestra limitada e insatisfactoria, porque las personas encuentran muchos obstáculos para conseguir un acceso a la orden jurídica justa. La orden jurídica justa se manifiesta como un equilibrio de las decisiones, de la igualdad entre las partes y de la libertad de las personas. En ese sentido, hay una preocupación si la tutela jurisdiccional será adecuada al derecho pretendido y concedida en un plazo razonable y efectivo. Sin embargo, para viabilizar esa justicia, el proceso necesita de mecanismos capaces de tornarlo ágil, célere, así como la tutela anticipada. Inicialmente, propusimos un análisis histórico acerca de la estructura judicial en Brasil. Después, tratamos de algunos acuerdos internacionales que obligan que el Brasil sea célere en sus decisiones. Finalmente, presentamos la tutela anticipada como un medio de efectividad de la justicia. Concluimos, así, que a través del instituto de la tutela anticipada se puede alcanzar la orden jurídica justa y obtener el acceso efectivo a la justicia, proporcionando a las personas el derecho material de forma rápida y eficaz.

Palabras – clave: Acceso. Justicia. Efectividad. Tutela Anticipada. Orden jurídica justa. Principios constitucionales. Poder. Juez.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – AS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA.....	18
1.1 A justiça Segundo Aristóteles.....	20
1.1.2 A Justiça Distributiva e a Justiça Corretiva.....	23
1.1.3 A Justiça Universal.....	25
1.2 A Justiça em Kant.....	26
1.3 A Teoria Social de John Rawls.....	32
1.3.1 A Justiça em John Rawls.....	34
1.4 As Teorias Modernas da Justiça.....	35
1.4.1 Teorias da Justiça e a Operação da Justiça Distributiva.....	36
1.5 A Justiça e a Igualdade.....	37
1.6 A Ordem Jurídica Justa como Efetividade da Justiça.....	41
CAPÍTULO 2 - ACESSO À JUSTIÇA: UMA VISÃO HISTÓRICA.....	43
2.1 A Epistemologia, os Obstáculos Epistemológicos e o Acesso à Justiça.....	43
2.1.1 A Epistemologia.....	44
2.1.2 Obstáculos Epistemológicos.....	46
2.1.3 O Acesso à Justiça.....	48
2.2 A Estrutura Judiciária de Portugal.....	54
2.3 A Estrutura Judiciária da Colônia.....	57
2.3.1 O Direito e a Colônia.....	62
2.3.2 A Justiça Colonial.....	65
2.4 A Herança.....	70

CAPÍTULO 3 - ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	73
3.1 Acesso e Efetividade	73
3.2 Obstáculos que Dificultam o Acesso à Justiça	78
3.2.1 Obstáculos Sociais e Econômicos	79
3.2.2 Obstáculos Procedimentais.....	81
3.3 Acesso à Justiça e o Princípio da Proporcionalidade	84
3.3.1 A Colisão de Regras e Princípios	86
3.3.2 A Lei de Colisão	88
3.3.3 O Princípio da Proporcionalidade	89
3.4 O Acesso à Justiça e o Princípio da Igualdade	95
3.5 O Acesso à Justiça e o Princípio da Celeridade Processual	99
CAPÍTULO 4 - O ACESSO À JUSTIÇA NO PANORAMA INTERNACIONAL.....	104
4.1 Tratados Internacionais que Obrigam o Brasil a ser Célere em suas Decisões.....	110
CAPÍTULO 5 - A TUTELA ANTECIPADA COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	113
5.1 Breve Histórico.....	113
5.2 Diferença entre Tutela e Provimento.....	121
5.3 Limites da Tutela Antecipada.....	122
5.4 Cabimento da Tutela Antecipada	130
5.4.1 Ações Condenatórias	130
5.4.2 Ações Declaratórias.....	131
5.4.3 Ações Constitutivas	134
5.4.4 Sentenças Mandamental e Executiva Lato Sensu.....	135
5.5 Requisitos da Tutela Antecipada	137
5.5.1 Requisitos Genéricos	138

5.5.1.1 Requerimento da Parte.....	138
5.5.1.2 Prova Inequívoca e Verossimilhança da Alegação.....	142
5.5.1.3 Irreversibilidade do Provimento	145
5.5.2 Requisitos Específicos.....	148
5.5.2.1 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação.....	148
5.5.2.2 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu.....	149
5.5.2.2.1 A Necessidade do Inciso II do art. 273 do CPC Frente as Mazelas do Réu.....	152
5.6 A Executividade da Tutela Antecipatória.....	154
5.7 A Concessão da Tutela Antecipada com Relação à Parte Incontroversa	158
5.8 A Tutela Antecipada e a Segurança Jurídica.....	162
5.9 O Papel do Juiz no Processo.....	166
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS	177
ANEXO A - Decisão proferida por Juiz Federal que indeferiu concessão de antecipação de tutela.....	184

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco principal a questão da ordem jurídica justa e da tutela antecipada como mecanismos de acesso à justiça. A escolha do referido tema surgiu mediante a leitura de uma sentença prolatada por um Juiz Federal¹, quando da negação da tutela antecipada a um portador do Vírus HIV². A motivação da sentença provocou profunda indignação e despertou o interesse sobre a questão da ordem jurídica justa.

A referida sentença ofende, acima de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana e desconsidera todos os princípios que norteiam a idéia de justiça: o equilíbrio nas decisões, a razoabilidade e a ponderação quando da aplicação de uma ordem jurídica justa.

Nenhum sistema jurídico, por mais perfeito e desenvolvido que possa parecer, está imune às críticas. Isto porque, por mais perfeitas que sejam as leis, são aplicadas por seres humanos suscetíveis a falhas. Nesse sentido, a estrutura judiciária brasileira, embora tenha passado por várias reformas significativas, apresenta muitas falhas, principalmente no tocante ao acesso à justiça.

O sistema judiciário teve suas bases firmadas no período colonial, totalmente influenciado pela cultura portuguesa. Foi implantada no Brasil uma justiça à moda portuguesa, desprezando as características próprias de uma civilização que aqui se encontrava.

Criou-se um sistema judiciário totalmente alienado às necessidades do povo e voltado aos interesses da classe burguesa. O sistema passou a ser manipulado de forma a beneficiar sempre os donos do poder e, desta herança, sentimos os efeitos até hoje.

¹ Sentença em anexo.

² A aids é uma doença que se manifesta após a infecção do organismo humano pelo Vírus da Imunodeficiência Humana, mais conhecido como HIV. Esta sigla é proveniente do inglês - *Human Immunodeficiency Virus*. Também do inglês deriva a sigla AIDS, *Acquired Immune Deficiency Syndrome*, que em português quer dizer Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

E o Poder Judiciário não se furtou a esta realidade. Estruturado sob uma égide extremamente burocrática, beneficia àquele que dispõe de patrimônio significativo para submeter-se a uma demanda judicial.

O acesso à justiça, embora tenha ganho enfoques mais amplos nas últimas décadas, para a maioria da sociedade ainda permanece apenas formal. A efetividade é comprometida pelo ‘ordinário’ processo de conhecimento.

Nessa linha de pensamento, necessário trazer à tona alguns obstáculos epistemológicos e suas relações com o acesso à justiça. A incursão que se fez no campo da filosofia propôs-se apenas a servir de apoio às futuras conclusões a serem extraídas sobre o tema.

Não há como falar em efetividade processual sem abordar as concepções de justiça. Conforme a época e o espaço em que estas foram criadas, desenvolveram-se com características subjetivas peculiares, representando os ideais de cada tempo. E, apesar de tantas modificações, parece que se preserva um núcleo comum, que é o sentido de igualdade, de liberdade presente nas várias concepções de justiça.

Dadas essas considerações, no primeiro capítulo foram abordadas várias concepções de justiça e como seus elementos estão presentes na construção da ordem jurídica justa propiciando o efetivo acesso ao Judiciário através da aplicação do instituto da tutela antecipada, presente no Código de Processo Civil.

A justiça, por se tratar de tema incurso no campo da subjetividade, dificilmente será definida de forma ampla e acabada. Muitas são as idéias, mas poucos são os conceitos trazidos ao longo dos anos. Definidos os expoentes que pensaram e escreveram sobre o assunto, foram escolhidas algumas obras que serviram como referencial teórico sobre o tema justiça.

Inicia-se a formação da idéia sobre o que vem a ser justiça no presente trabalho com Aristóteles e sua obra denominada *Ética a Nicômaco*. Em um resumo muito simplista, dada a vasta gama de informações que dela provém, extrai-se da obra o primeiro elemento para a formação da ordem jurídica justa: a aplicação da justiça como ponto de equilíbrio.

Através de alguns fragmentos da obra de Kant denominada *Crítica da Razão Pura* e de Norberto Bobbio *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant e Igualdade e liberdade*, foi possível definir mais alguns componentes para justiça: esta como ordem, igualdade e liberdade.

Em John Rawls na obra *Uma teoria da justiça*, encontra-se o caráter da justiça social em seu aspecto substancial. A necessidade da justiça estar voltada aos interesses da sociedade, uma justiça como equidade.

Outras obras serviram como apoio para trazer à tona as várias idéias de justiça. Estas destacaram-se por conterem elementos que estão presentes na formação do conceito de ordem jurídica justa.

No segundo capítulo, tratou-se a questão da justiça sob uma visão histórica. Foram abordados os obstáculos epistemológicos e como se relacionam com o acesso à justiça. Conteve, também, uma breve explanação sobre a estrutura judiciária de Portugal e da Colônia, com enfoque no Direito e na justiça colonial, numa reflexão sobre os problemas que herdamos com relação ao Poder Judiciário e que permanecem em nossa cultura até os dias atuais.

Como embasamento teórico foram utilizadas, principalmente, a obra de G. Bachelard, *A formação de l'esprit scientifique*, e a obra de Hilton Ribeiro Japiassu, *Introdução ao pensamento epistemológico*, no tocante aos obstáculos epistemológicos; a obra *Acesso à Justiça* de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Os donos do poder, de Raymundo Faoro, *História do direito no Brasil*, de Antônio Carlos Wolkemer, no que tange a questão do acesso à justiça em sua evolução histórica.

Nesse capítulo foram feitos, também, alguns apontamentos sobre a herança cultural deixada por Portugal com relação à organização da estrutura judiciária e a burocratização, excessiva e desnecessária, em muitos casos, e que gera a inefetividade processual.

O terceiro capítulo cuidou da relação intrínseca entre o acesso à justiça e os princípios constitucionais a ele relacionados. Enfocou-se a questão da efetividade e os obstáculos que dificultam o acesso à justiça. Os princípios da proporcionalidade, igualdade e celeridade processual foram relacionados ao tema abordado de forma a possibilitar um melhor entendimento da proposta do estudo que é o efetivo acesso à justiça através da aplicação do instituto da Tutela Antecipada.

Com o intuito de fundamentar as alegações, foram trazidos como referenciais teóricos, principalmente, a obra de Kazuo Watanabe *Acesso à justiça e sociedade moderna*; Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*; a obra de Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*; Robert Alexi, *Teoria de los derechos fundamentales*; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*.

No quarto capítulo foi efetuada uma explanação, de forma sumária, da visão internacional com relação ao tema ora em comento. Relacionaram-se os principais tratados e convenções internacionais que obrigam os países, inclusive o Brasil, a serem céleres nas suas decisões judiciais.

Nesse sentido, foram trazidos fragmentos de Tratados e Regulamentos de Cortes e Organizações Internacionais, objetivando dar sustentação às argumentações. Dentre as obras utilizadas, destacam-se *O acesso direto à justiça internacional*, de Trindade e *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*, Hanashiro.

O quinto capítulo tratou sobre a Tutela Antecipada como um dos mecanismos de acesso efetivo à justiça. Em princípio foram feitas considerações sobre o referido instituto e trazidas referências históricas, limites de sua aplicação e cabimento, requisitos para sua

concessão e tratados alguns pontos controversos na doutrina. Cuidou, ainda, do importante papel que o juiz possui na prestação da tutela jurisdicional de forma que esta se apresente efetiva e torne o processo um instrumento de acesso à justiça e não proliferador de exclusão social.

Foram abordados alguns aspectos polêmicos com relação à concessão da tutela antecipada, principalmente no que tange à sua concessão de ofício pelo Juiz e seu requerimento pelo Ministério Público, seja ele parte ou fiscal da lei.

Trouxe, ainda, uma relação do artigo 273, II e 16 a 18 do Código de Processo Civil, demonstrando que, apesar de existirem dispositivos na lei que tentam inibir atos protelatórios que levam à inefetividade processual, são insuficientes para tal objetivo, necessitando de mecanismo que instrumentalize tais dispositivos.

Concluiu-se, então, com a demonstração da necessidade do instituto da Tutela Antecipada ser amplamente utilizada no Processo Civil, a fim de viabilizar um processo justo e equânime entre as partes e, sem a qual, não será possível um efetivo acesso à justiça. Nesta relação acesso e processo, o objetivo consiste em esclarecer que, instrumentalizado, o processo pode ser efetivo e a justiça dos homens também pode ser rápida e eficaz.

Como referenciais teóricos foram trazidos vários autores: Roberto Armando Ramos de Aguiar, *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*; Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juízes*; Willian Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*; Lopes, *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*; Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela na reforma do processo civil, A antecipação da tutela, Novas linhas do processo civil e Manual do processo de conhecimento*; Rui Portanova, ***Motivações Ideológicas da Sentença***; Ovidio Araújo Baptista da Silva, *Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise e Processo e ideologia*; Kazuo Watanabe, ***Acesso à justiça e sociedade moderna***.

Desta forma, em linhas gerais, o trabalho tem por objetivo demonstrar que o efetivo acesso à justiça só será possível alcançar mediante a instrumentalização do processo face à uma ordem jurídica justa.

CAPÍTULO 1 – AS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA

A questão da ordem jurídica justa que propicia o acesso à justiça e garante a efetividade processual através do mecanismo da tutela antecipada, está amplamente relacionada às idéias e ao conceito de justiça. Por este motivo, necessária uma síntese sobre as idéias que foram surgindo durante os séculos e que contribuíram para a formação dos conceitos de justiça.

Inicialmente, é importante reafirmar a importância da obra de Aristóteles (384-322 a.C.) e sua imensa influência sobre a cultura ocidental nesses dois mil e quatrocentos anos. O grande pensador grego foi, durante toda a Idade Média, considerado o mais importante filósofo e sua doutrina tida como verdade inatacável.

Foi com base na obra aristotélica que Santo Tomás de Aquino buscou, em seus escritos, harmonizar razão e fé. Na Era Moderna, que reabilitou o matematicismo pitagórico-platônico, o pensamento aristotélico permaneceu, mesmo muitas vezes rejeitado, servindo como contraponto.

Atualmente, o pensamento aristotélico passa por um período de renascimento e revalorização. O marco inicial dessa tendência data da primeira metade do século XX, com a publicação de obras com novas interpretações sobre o estagirita, sobretudo as de Werner Jaeger e William D. Ross.

Na segunda metade do século, as obras e os autores neo-aristotélicos, como Alasdair MacIntyre, proliferaram no campo da Filosofia. No âmbito do Direito, Aristóteles é, entretanto, praticamente ignorado. Mesmo muitos filósofos do Direito parecem não se dar conta da real dimensão e do significado de Aristóteles para o Direito, preferindo o estudo de autores contemporâneos.

A obra aristotélica, contudo, é de extrema importância tanto para a Filosofia quanto para as reflexões éticas contemporâneas.

Em suas obras antigas, constata-se que muitas delas têm um caráter mais legislativo que jurídico. Os textos ou seus fragmentos assemelham-se a uma comprovação documental e ética da verdade e da justiça.

Segundo Ferraz Junior (2003, p. 144), o direito seria uma propriedade da cultura fática e não fruto de uma sistematização jurídica. O direito tinha suas fontes na poesia, no teatro, na oratória, não possuindo fonte de informação tipicamente jurídica.

Nessa busca pelas raízes do direito e da noção de justiça, a filosofia é uma das principais fontes do conhecimento. Um exemplo clássico da contribuição filosófica identificamos na obra de Platão denominada *As leis*, em que o filósofo faz uma revisão de suas teorias sobre o Estado, exposto na República. Em suas reflexões nota-se não apenas prescrições de cunho político, religioso e pedagógico, como também, uma grande preocupação com a justiça.

O conceito de justiça, de forma geral, costuma caracterizar o que é “justo” no sentido de igualdade, congruência, sempre envolvendo a relatividade das coisas e as ações humanas.

Nas mais antigas manifestações do pensamento grego antigo, a justiça não aparece com denominação específica mas, frequentemente, ligada a outras idéias, geralmente com conotações míticas.

Desta forma, temos na figura mítica da deusa Têmis, uma das deusas gregas da justiça. Outra deusa que representa a justiça, é a deusa Diké, deusa dos julgamentos, filha de Zeus e Têmis. Sua figura liga-se mais tarde não só à decisão, mas também à pena judicial, fazendo-a cruel e vingativa.

Importante ressaltar que, no início, a justiça não tem a forma de virtude principal, mas é superada pela coragem, astúcia, virtudes que evocam o drama e a paixão presentes na poesia.

É no pitagorismo que aparece, pela primeira vez, o caráter social da justiça, uma “virtude universal”. No primeiro momento a justiça assume o papel de criadora da vida social, cabendo-lhe a função específica e limitada de regular uma esfera estrita de aplicação (a sociedade, no caso da sofística). Em Platão, a justiça torna-se o princípio regulador da vida individual, da vida social e de todo o universo. Torna-se efetivamente a virtude universal.

Aristóteles, assim como Platão, também verá a justiça como uma “virtude total” ou “virtude perfeita” e a injustiça como “vício integral”, mas também a verá como uma virtude particular, traçando um pensamento peculiar sobre o conceito justiça.

1.1 A Justiça Segundo Aristóteles

Não há como falar na evolução da justiça sem passar pelo seu conceito segundo Aristóteles. “Nós observamos que todos os homens entendem chamar justiça essa espécie de disposição que torna os homens aptos a executar as ações justas e que os faz agir justamente e querer as coisas justas. (E.N., V, 1, 1129 a6).”

Fica claro que, para Aristóteles, a justiça leva o homem a agir justamente. Não admite a justiça como mera potencialidade, pois, dessa forma, teria que dizer que o homem justo é aquele que tem capacidade de justiça e, proporcionalmente, o homem mais justo, seria aquele com uma capacidade maior de justiça, um distribuidor de igualdades, ainda que não o fosse efetivamente.

Aristóteles elege a justiça ao patamar da sabedoria. Segundo ele, é fácil entender as diversas prescrições da lei, mas isso não resolve a questão da justiça. Para ser justo é preciso agregar o conhecimento legal à sabedoria, adaptando o que é dito em caráter geral pela lei ao caso particular.

Embora seja difícil afirmar, diante de sua vasta contribuição, qual a mais importante, com certeza, aquela a respeito da virtude se destaca. O filósofo define a virtude como um *“meio-termo entre dois vícios, um por excesso, outro por falta”*. (É. N. II, 6, 1107 a3)

A partir de sua colocação, conclui-se que um ato justo é efetivamente um meio-termo, nem carregado de faltas, nem de excessos. A um certo momento o ato justo é efetivamente um meio-termo com conotações do bem e do mal, ou seja, o justo é dar a cada uma das partes o bem e o mal que lhe couber. Forma-se, então, a noção de justiça particular, já mencionada.

Sintetizando a idéia exposta, um trecho de *Ética a Nicômaco* quando Aristóteles diz que *“o ato injusto tem dois lados: do lado do pouco em demais há a injustiça sofrida, e, do lado do excessivo em demasia, injustiça cometida”*. (É. N., V,9,1134 a12)

Aparece, então, a noção de equilíbrio e, interessante que, esse equilíbrio nem sempre é o meio mas, comumente, aparece mais distante de um dos vícios e mais perto de outro. Como exemplo, temos a coragem que se opõe mais à covardia do que à temeridade, havendo casos, ainda, em que o temerário parecerá o verdadeiro corajoso e este, num momento particular, será o próprio covarde. (É.N., II,8,1108b20)

Desta feita, a justiça constitui-se *“efetivamente no ponto de equilíbrio que o homem prudente é capaz de determinar, evitando os excessos e as lacunas”*. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 166)

Até então podemos assinalar duas características da justiça para Aristóteles: ela é uma disposição e um meio-termo. Há, porém, uma outra característica *“é uma disposição em*

razão da qual o homem justo é definido como apto a executar, pela escolha deliberada, o que é justo”. (É. N., V., 9,1134 a).

Porém, há um sentido da palavra justiça que corresponde ao que é conforme à lei e que vem a ser denominado de justiça universal. Neste aspecto a lei aparece como meio de regular a vida social do homem. A lei, neste sentido, sanciona a virtude.

Surge, então, para Aristóteles, a figura do Estado como um ente moral, menos do que jurídico, cujo fim é promover uma vida feliz para o homem, e a felicidade para o homem equivale à vida virtuosa. Nesses termos, a lei tem função educativa, sendo função do Estado legislar para educar. (Pol., VIII,1 1337 a10). Assim, o homem é bom por natureza ou se torna bom pela educação. Destarte, a justiça (universal) é para Aristóteles a virtude no seu grau mais eminente.

Entretanto para Aristóteles interessa a justiça em seu caráter específico e particular. Assim, no campo da ação humana estas são aplicadas particularmente, correspondendo à esfera da honra, do dinheiro, da segurança, em que a injustiça tem em vista o prazer proveniente do ganho ilícito e a injustiça, o ganho eqüitativo.

Entretanto, a idéia de igualdade como justiça não é inovadora. Platão já mencionava justiça como uma igualdade geométrica. Nas *Leis*, 757 a-b, Platão afirma que, quando dizemos que “a igualdade faz a amizade”, devemos entender a igualdade como proporcionalidade, “porque para os desiguais os iguais se tornam desiguais”. E Pitágoras, na informação do próprio Aristóteles, via a justiça como uma reciprocidade. (É. N., V,8,1132b23)

1.1.2 A Justiça Distributiva e a Justiça Corretiva

O principal fundamento da justiça é a igualdade, sendo esta aplicada de várias maneiras. O princípio da igualdade é entendido por Aristóteles de duas formas fundamentais, originando duas espécies de justiça: a distributiva e a corretiva.

A justiça corretiva, por sua vez, subdivide-se em comutativa e judicial. Destina-se aos objetos, relegando os méritos, mas medindo impessoalmente o benefício ou o dano que cada qual possa suportar.

Ao discorrer sobre a justiça corretiva, Aristóteles afirma que podem ser estabelecidas duas classes de relações entre os cidadãos: voluntárias (contratuais) e involuntárias (delitos). Estas últimas são abrangidas pela justiça penal, que é repressiva, e segregadora da injustiça. Trata-se de uma justiça cuja razão de ser é a compensação, ou seja, a correção ou retificação da injustiça.

Inversamente, a justiça contratual é essencialmente preventiva, porquanto é a justiça prévia que iguala as prestações recíprocas, antes mesmo de eventual transação. Não é, pois, a justiça que repara ou indeniza o dano (justiça involuntária ou delitual), mas a que ordena as relações jurídicas.

Nesta, segundo Aristóteles, há intervenção de uma terceira pessoa que irá decidir sobre as relações mútuas travadas entre os indivíduos, na hipótese de descumprimento de cláusulas contratuais anteriormente ajustadas. O Juiz, nesta hipótese, passa a personificar a noção do justo, conferindo a cada qual aquilo que lhe é assegurado no contrato estabelecido.

A justiça distributiva tem por escopo fundamental a divisão de bens e honras da comunidade, segundo a noção de que cada um perceba o proveito adequado a seus méritos. Num enfoque metafórico, significa a realização da Justiça segundo um critério de progressão

aritmética. Situa-se, pois, como entidade reguladora das relações entre a sociedade e seus membros; a corretiva ordena as relações dos membros entre si.

Aristóteles entendia que distribuir as honras era distribuir a dignidade e os cargos públicos na *pólis*, o que dirimia a disputa pelo poder político. Além das honras, a justiça distributiva também diz respeito à distribuição das riquezas e outras vantagens entre os membros da comunidade. Para o filósofo, na perseguição da igualdade está a origem das dissensões nos Estados.

A *pólis* (Estado, numa expressão mais moderna), nesse sentido, é caracterizada como uma união de várias aldeias, grande o bastante para ser auto-suficiente, formada para assegurar a vida, mas que existe para que o homem possa viver bem, em outras palavras, é uma necessidade capaz de promover o bem, tendo por fim a virtude e a felicidade.

A justiça distributiva, assim, deve ser entendida como um meio proporcional, os sujeitos estando para as coisas assim como uma está para a outra. Em outras palavras, se os sujeitos são iguais, as partes também o serão; se são desiguais, também as partes, proporcionalmente à sua desigualdade, o serão, o critério de desigualdade não sendo objeto da justiça, mas da política. (Pol., III,12,1282b22)

1.1.3 A Justiça Universal

O justo, conforme a justiça universal, corresponde ao que é conforme à lei, e o injusto, corresponde ao que é contrário à lei. (É.N., V, 2,112 a 933). Aristóteles diz que, à medida que ações justas são todas as que tendem a produzir ou conservar a felicidade para os elementos que compõem a comunidade política, apenas as constituições que efetivamente

assegurem o bom desenvolvimento da atividade moral e intelectual prescrevem leis realmente justas. (Pol., III, 7, 1279 a 22 e ss)

Todavia não podemos esquecer o caráter mítico intrínseco no conceito de justo, geralmente atrelado à bondade e maldade. A lei tinha duas espécies de fundamento: objetivo, consistente no pressuposto de justiça intrínseca, sendo ela a declaração do justo, ou como diz Aristóteles, “a justiça legal é uma discriminação entre o justo e o injusto” (É.N., V, 10, 1134 a 33); e subjetivo, isto é, a lei representa um pacto comunitário, ou como diz ainda o filósofo, “a lei é um pacto e, como disse Licofron, o sofista, é garantia recíproca do justo”. (Pol., V,11,.1280b)

Sob um outro ponto de vista, a palavra lei em Aristóteles tem um sentido relativamente próximo do sentido jurídico. Aparece, no direito ático, com duas finalidades: limitar o poder político dos magistrados e o poder arbitral e jurisdicional dos juízes. Aparece, pois, como pressuposto meramente formal da função jurisdicional. Em sua função processual, a lei era um instrumento de prova, aparecendo como tal, na questão de fato, de modo complementar, para testemunhar o direito de ação do autor ou de contestação do réu ou como critério equitativo subsidiário quanto ao mérito. (PAOLI, 1933, passagens diversas)

O princípio do governo das leis está aí em germe. Aristóteles, com efeito, reconhece que “a justiça só existe entre aqueles cujas relações mútuas são sancionadas pela lei... Esta é a razão por que não deixamos um homem nos governar, mas queremos que seja a lei, porque um homem age apenas em interesse próprio e se torna um tirano”. (É. N., V, 10,1134 a31)

O justo universal, em suma, à medida que é o que corresponde a lei, parece significar o que é concorde com a própria atividade jurisdicional que não é outra coisa senão o juízo arbitral e equitativo, sendo a justiça uma atualidade (um hábito que informa o agir) e não uma disposição (faculdade) da alma.

1.2 A Justiça em Kant

Kant compôs sua obra clássica na elaboração dos fundamentos racionalistas do Direito e do Estado. Inspirou-se, segundo alguns, no filósofo Jean Jacques Rousseau, principalmente, as lições encontradas no Contrato Social.

Na impossibilidade de visitar a integralidade da obra do mestre, procura-se focalizar sua contribuição nos conceitos de Direito e Justiça.

Immanuel Kant (1724-1804) nunca saiu de Königsberg, onde nasceu; era filho de gente humilde, tímido e franzino; mas sua mente poderosa influenciou todos os filósofos dos séculos XIX e XX; em sua obra mesclaram-se duas correntes provenientes de Descartes: o idealismo e o positivismo e dela decorreram vários sistemas diferentes, principalmente três grandes vertentes do século XX: o idealismo, o positivismo e o pragmatismo.

Sua filosofia é chamada de crítica porque se preocupou, principalmente, em estabelecer o valor da ciência, no sentido moderno e o valor da metafísica, escapando do racionalismo de Leibniz e do fenomenismo de Hume. Sua atitude crítica consiste na *não aceitação* de qualquer dado inicial, sem que, antes, se coloque o problema da possibilidade desse mesmo dado.

Kant quis evitar o unilateralismo e devolver ao racional e ao sensível o seu lugar no conhecimento, para evitar, como se lê na *Crítica da Razão Pura*, o vazio das idéias *no espaço vazio do entendimento puro*, como aconteceu com Platão.

Começou, então, a crítica da razão pura, isto é, o julgamento que a razão faz de si mesma para conhecer suas *possibilidades* no processo do conhecimento. Fez a chamada revolução copérnica no conhecimento - antes dele, todos os modernos, tanto empiristas quanto idealistas, explicavam todo nosso conhecimento científico pelo *objeto exterior*, ao

redor do qual gravitaria o nosso espírito. Kant se propôs a explicar as leis da natureza pelas leis *a priori* da nossa razão - segundo ele, é a natureza que gira em torno de nosso espírito.

Ele explica, na Crítica da Razão Pura, o que é conhecimento *a priori*: *será possível um conhecimento independente da experiência e das impressões dos sentidos? Tais conhecimentos são denominados a priori e distintos dos empíricos, cuja origem é a posteriori, isto é, da experiência.*

Os fundamentos da ética kantiana estão no campo do dever ser e a *norma* é a sua expressão. O dever ser (*Sollen*) não tem a forma de um *imperativo*, que é a expressão de uma vontade geral; o *Sollen* não é objetivo (de uma vontade em particular), mas é uma lei da razão pura; sendo assim, é *a priori* e, portanto, universal, isto é, objetiva. O dever ser, que é fundado na vontade, é a lei fundamental do Direito, da Moral e de todas as ordens normativas; é desvinculado do tempo e do espaço, porque estes são formas *a priori* da *sensibilidade*, que só se aplicam às ciências positivas; pertence, portanto, ao campo da indagação filosófica.

Na concepção normativista, a norma (o dever ser) determina o valor da ação: o bem e o mal só existem a partir da norma, não passando de conformidade ou não conformidade com ela, como explicou Kant: a ação será boa não só se estiver de acordo com a lei moral, mas se a intenção for boa, isto é, se tiver como *motivo* a lei moral e não apenas se for *conforme* a lei moral. É preciso salientar que, para ele, toda ordem normativa é fundamentada pela idéia de *liberdade* da vontade (que por isso é boa).

Kant formulou três fórmulas célebres para o Imperativo Categórico: 1- *age de tal forma que a máxima da tua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de legislação universal ou, age de tal forma que a tua ação possa servir de regra universal;* 2- *age sempre de forma a tratar a humanidade, na tua pessoa como na dos outros, como um fim e não como um simples meio...* 3- *Age de tal maneira, que tua vontade possa considerar-se como estabelecendo pelas suas máximas, leis universais.* As três fórmulas pretendem o

mesmo - que nossa *vontade* ou Razão Prática que, por sua forma *a priori* iguala toda a humanidade, possa dominar a *sensibilidade*, que é a nossa individualidade e agir de acordo com o dever, sem influências externas, isto é, com liberdade.

Na *Metafísica dos Costumes*, Kant apresenta a *Teoria do Direito*. Ele encontra o Direito na *razão*. Não se trata, propriamente, de um Direito Natural cujas leis foram retiradas da natureza, como fizeram os gregos; nem Direito Natural baseado numa razão universal, como era para os estóicos; nem é ele transcendente, dado pela autoridade de Deus; nem tampouco, como no jusnaturalismo clássico, um conjunto de princípios deduzidos pela razão.

Para Kant, ele se insere no âmbito do *Sollen*, apoiando-se na *razão* e na *liberdade*, que é o único Direito Natural. Ele chama esse Direito de *liberdade*, Direito do homem ou *o mais sagrado que existe no mundo*. Sua posição é diferente da dos jusnaturalistas que o antecederam, porque, para ele, o Direito Positivo se fundamenta exclusivamente na razão, ou seja, na *liberdade*, o único direito inato do homem.

Seu princípio geral de Direito, *É justa toda ação cuja máxima permite à liberdade de cada um concordar com a de todos*, e a regra fundamental, *age exteriormente de tal maneira que o uso da tua liberdade possa concordar com a liberdade de cada um segundo uma lei universal* têm as seguintes conseqüências: a única lei justa é a que é elaborada pela vontade coletiva dos membros da comunidade; essa lei será sempre justa e obrigatória; o cidadão que discute sua obrigação está fora da lei, porque a autoridade governamental deverá ser sempre obedecida.

O homem deve viver em sociedade; mas, como ele se individualiza porque é livre, é também insociável; seres livres, colocados frente a frente, precisam se compatibilizar; impelidos pelo sensível podem descumprir o Imperativo e as conseqüências não se limitam a quem agiu assim, mas atingem os outros, limitando-lhes a liberdade. Deve, então, ser estabelecida a *sanção*, que, no mundo sensível, impede o impulso sensível que obstrui a ação

livre que vem da vontade pura (razão, imperativo). Assim, Kant considera ética a *sanção*. O *contrato social* legitima a *coação*, enquanto que a liberdade legitima o *contrato social* - a *coação é justa* porque está a serviço da *liberdade*.

A sociedade civil ou situação de Direito só é possível através de um *pacto livre* entre seus membros. No estado de natureza, só existe o Direito Privado. Há justiça mas a vida social não é regulada pelo Estado; não há o Direito Público Positivo e a Justiça organizada pelo Estado.

Quem se negar a participar da sociedade civil infringe a lei *a priori* da razão jurídica prática que obriga a um dever: *é preciso sair do estado de natureza e entrar no estado de direito*.

Embora o Estado não seja natural ao homem, como pensava Aristóteles (a sociedade sim, é natural), ele entra na sociedade civil de livre vontade, para preservar a sua liberdade. A caminhada para a sociedade civil se faz pelo *contrato social* - novamente, um encontro com Rousseau; só que Rousseau pensou o *contrato social* como histórico-hipotético e Kant nele pensou como *idéia da razão*. Para ele, o Estado se explica pelo *contrato social*, que a Revolução Francesa mostrou ser possível na prática, como Platão, na República e Thomas Morus, na Utopia, já haviam expressado na idéia.

Sobre a definição de Direito, a citação de Bobbio (1997a, p. 67), que calha bem à espécie:

[O jurisconsulto] pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (*quid sit jus*), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram, mas se é justo o que estas leis prescrevem e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (*iustum et iniustum*), permanece-lhe completamente obscuro, se não abandonar por um certo tempo aqueles princípios empíricos, e se (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fios condutores), não buscar as origens daqueles juízos na razão pura como único fundamento de qualquer legislação possível.

Interpretando a obra citada, verifica-se que, para ele, o Direito pertence ao mundo das relações práticas, que o homem mantém com os outros homens.

Além disso, é relação entre duas vontades, nominada pelo autor como “relação entre dois árbitros”, significa dizer que há necessidade de os dois sujeitos da relação serem capazes dela participar.

O terceiro atributo é a forma da relação jurídica, não sendo objeto do Direito a preocupação com o conteúdo. Dessa característica, originou-se a doutrina do formalismo jurídico.

Analisando o conceito de Justiça em Kant, o Professor Bobbio elenca três grupos diversos na elaboração da Teoria da Justiça: a justiça é ordem; a justiça é igualdade; e a justiça é liberdade.

Sobre o primeiro grupo, o mestre refere ser composto por aqueles que concebem o Direito como o regramento que objetiva a paz social. Surge o Direito como controlador do estado de natureza, superando a natural anarquia e desordem.

A justiça como igualdade já se encontra em Aristóteles, sendo reconhecida na tradicional divisão entre justiça comutativa e distributiva. Comparando as duas concepções vale trazer a seguinte citação, do Professor italiano, Bobbio (1997a, p. 73):

Segundo esta teoria [a da igualdade] não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer; é preciso que a ordem seja justa e por “justa” entende-se de fato tendo a espada fundada no respeito à igualdade. Se imaginamos a justiça e a balança, a teoria do direito como ordem visa ressaltar a espada; a do direito como igualdade, a balança. O direito natural fundamental que está na base desta concepção é o direito à igualdade.

O terceiro entendimento tem como razão última a liberdade, sendo o Estado constituído para garantir a “expressão máxima da personalidade”.

Incluindo Kant nessa linha de pensamento, assim se pronuncia o citado autor, Bobbio (1997a, p. 74):

Aqui é suficiente dizer que o conceito de liberdade próprio à teoria liberal do Estado é o conceito de liberdade como não-impedimento. Como já foi dito no item 5, quando Kant fala de liberdade interna ou externa, deseja falar exatamente da faculdade que temos de agir não sendo obstaculados, ou pelas forças inferiores de nossas paixões, ou pela força externa que provém do arbítrio dos outros. E a justiça a que visa é somente o conjunto das garantias por meio das quais posso expressar a minha liberdade externa não impedida pela não-liberdade dos outros, ou seja a idéia de coexistência das liberdades externas, como coexistência de tantas esferas de não-impedimento.

O único direito inato preservado pelo filósofo alemão e que, no seu entender, englobaria os demais, seria o direito à liberdade. Tentou racionalizar o pensamento de tal forma, que seu conceito de justiça, apesar de ser vinculado, segundo Bobbio, com a liberdade, levou aos formalistas a confusão entre o lícito e o justo, identificando tudo o que é legal com o ser justo.

Para Kant, justo é o que reconhece o único Direito Natural do homem - a *liberdade* - e a *igualdade* de todos os seres racionais que possuem esse Direito Inato (*liberdade*). É aquele que respeita as *liberdades* externas de todos os homens, limitadas pelo princípio de *igualdade*, de acordo com a lei universal, para fazê-las compatíveis, promovendo, assim, a organização da sociedade (a sociedade civil).

A lei justa é a lei que favorece a *liberdade* como autonomia - a lei cada vez mais racional, que cria uma legislação jurídica universal, como expressão da vontade geral da qual cada um deve participar (*igualdade* de participação), como garantia da *paz perpétua* num contexto final (o homem na República e na sociedade das nações).

O maior mérito de Kant foi ter dado tanto valor à *liberdade*, introduzindo-a no conceito de Justiça. A idéia de Justiça como *liberdade* e *igualdade* já pertence à nossa cultura; deve-se a Kant, também, uma concepção de Justiça Social que deriva da dignidade humana e que pretende ver no homem, não apenas um ser útil, mas um ser livre, digno de receber o necessário para sua vida material e espiritual.

1.3 A Teoria Social de John Rawls

Certa vez, Hegel escreveu que a Filosofia - tal como a coruja que só alça o vôo depois do entardecer - somente elabora uma teoria após as coisas terem ocorrido. Foi bem esse o caso da contribuição de John Rawls, surgida em livro em 1971, *A Theory of Justice*, a Teoria da Justiça, resultante direto do sucesso da campanha pelos Direitos Civis.

Herdeiro da tradição liberal, que principia com Locke, passando por Rousseau, Kant e Stuart Mills, Rawls debruçou-se sobre um dos mais espinhosos dilemas da sociedade democrática: como conciliar direitos iguais numa sociedade desigual, como harmonizar as ambições materiais dos mais talentosos e destros com os anseios dos menos favorecidos em melhorar sua vida e sua posição na sociedade? Tratou-se de um alentado esforço intelectual para conciliar a Meritocracia com a idéia da Igualdade.

A teoria da justiça de John Rawls, contida na obra “Uma teoria da justiça”, é uma das mais importantes desenvolvidas no século XX. Pretende Rawls “elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa para essas doutrinas que há muito tempo dominam a nossa tradição filosófica – a utilitária e a intuicionista”. (RAWLS, 2000, p. 3)

A sociedade é vista por Rawls, como uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que, em suas relações, reconhecem a existência de regras de condutas como obrigatórias, as quais, na maioria das vezes, são cumpridas e obedecidas, especificando um sistema de cooperação social para realizar o bem comum.

Nesse contexto, surgem tanto identidade de interesses como conflito de interesses entre as pessoas, pois estas podem acordar ou discordar pelos mais variados motivos, quanto às formas de repartição dos benefícios e dos ônus gerados no convívio social.

É precisamente aí que desempenham seu papel os princípios da justiça social. Nas palavras de Rawls (2000, p. 5)

Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.

Para Rawls (2000, p. 64), são dois os princípios da justiça social: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras; as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Tais princípios, segundo Rawls, aplicam-se à estrutura básica da sociedade, presidem a atribuição de direitos e deveres e regem as vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social.

1.3.1 A Justiça em John Rawls

Rawls (2000, p.66) observa ainda que os dois princípios são um caso especial de uma concepção mais geral da justiça assim expressa: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima - devem ser distribuídos

igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”.

Vê-se, pois, que os princípios de justiça social têm um nítido caráter “substancial”, e não meramente “formal”, na teoria de Rawls. Logo no início de sua obra, ele é bem claro quando sustenta que o que o preocupa é a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais às pessoas, assim como a existência real da igualdade de oportunidades econômicas e de condições sociais nos diversos segmentos da sociedade.

Assim, o objeto primário da justiça, para Rawls (2000, p.8) “[...] é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”.

Segundo Rawls, os princípios de justiça social, que regulam a escolha de uma constituição política, devem ser aplicados em primeiro lugar às profundas e difusas desigualdades sociais, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

Em suma, para Rawls, a concepção de justiça apresentada na sua obra consiste na "justiça como equidade" ("*justice as fairness*"), significando que é uma justiça estabelecida numa posição inicial de perfeita equidade entre as pessoas, e cujas idéias e objetivos centrais constituem uma concepção para uma democracia constitucional.

1.4 As Teorias Modernas da Justiça

Não poderia deixar de incluir numa análise do conceito evolutivo de justiça, uma apreciação sobre as teorias modernas da justiça. Para tal foi utilizada a obra *Teorias Modernas da Justiça*, que possibilitará um enfoque crítico ao tema em estudo.

A moderna teoria da justiça é tanto economia, quanto filosofia (que inclui a ética), e deve, logicamente, ocupar uma parte muito extensa da economia. É o produto da necessária aliança entre a filosofia e a economia.

Por sua própria definição, justiça é justificação e, portanto racionalidade no sentido normal do termo: por uma razão válida, ou “justificada”. (KOLM, 2000, p. 9)

Uma concepção abrangente de justiça procura limitar seus efeitos injustos sobre o bem-estar, o que exclui o utilitarismo. Essa teoria também pressupõe, a priori, que o ótimo é definido como um máximo. Essa estrutura, porém, constitui a base da teoria do seguro social e do Estado de bem-estar social, que constitui um campo fundamental da política social. (KOLM, 2000, p. 23)

Justiça é o julgamento ético sobre a correlação em determinado momento entre entidades sociais referente ao valor da sua situação para cada uma dessas entidades sociais e, principalmente, quando tais correlações decorrem dos bens da sociedade. (KOLM, 2000,p. 37)

1.4.1 Teorias da Justiça e a Operação da Justiça Distributiva

Uma teoria da justiça é um conjunto de considerações cuja conclusão é o julgamento da justiça.

Tal categoria consiste em apresentar uma razão para esse julgamento. A atividade de apresentar uma razão define a racionalidade. Disso se depreende que uma teoria da justiça é um exercício de racionalidade. Essa é a razão do importante lugar ocupado pela igualdade (do que quer que seja) na justiça. Uma teoria da justiça será tanto mais bem-sucedida quanto menos fundamentar-se em “intuições”, sentimentos e juízos apriorísticos, e quanto mais tiver por base a razão, as provas e enunciados claros e explícitos sobre a concepção subjacente do homem e da sociedade.

As teorias da justiça podem ser puras ou mistas. As teorias puras só consideram um tipo de variáveis de relevância ética direta (teorias univalorativas). As teorias mistas consideram vários tipos de variáveis (teorias plurivalorativas).

Portanto, uma verdadeira e possível teoria da justiça (ou de ética social) para uma sociedade complexa como um todo é sempre uma poliarquia moral em aberto, em que em aberto significa que não podemos esperar ser capazes de oferecer, a priori, uma lista de critérios suficiente, fechada e completa. (KOLM, 2000, p. 41)

1.5 A Justiça e a Igualdade

No início, a justiça era uma idéia que pairava no plano divino obedecendo, até mesmo, uma ordem cósmica, de periodicidade dos astros. Themis e Diké eram a personificação da ordem divina e todos deviam-lhes obediência.

O que não se pode negar é que, desde os primórdios, a idéia de justiça sempre esteve ligada à idéia de igualdade, de liberdade, de felicidade.

Na Grécia, a justiça era uma ordem natural a qual os homens deviam submeter-se. Era uma medida limite imposta ao homem que, ao transgredi-la, tornava-se injusto e desencadeava a ira dos deuses.

Quem introduziu a idéia de justiça como igualdade foi Platão. Utilizando o mito da caverna (mundo sensível e mundo das idéias) e o da reminiscência (imortalidade da alma e sua pré-existência no mundo dos inteligíveis, onde a alma contempla as essências), Platão afirmou que *só conhece a justiça aquele que é justo*. Para ele, para ser justo era preciso descartar o egoísmo e agir reconhecendo a *igualdade* do direito do outro. Por considerar o outro, a justiça é vista como a maior das virtudes, uma vez que é objetiva e a única que se liga ao Estado (ao contrário das outras virtudes, sabedoria, temperança, e coragem, que são subjetivas).

Platão ensinou que se deve *dar a cada um o que lhe convém*, não somente nas relações entre particulares (justiça comutativa), mas sim no plano do Estado. Esse *dar a cada um o que é seu*, no Estado platônico, seria fazer corresponder a função que cada um possa exercer no Estado, com suas aptidões particulares, com as virtudes características que definem os três tipos cidadãos: sabedoria (filósofos), temperança (comerciantes e artesãos) e coragem (militares). O mal do estado, a injustiça, se concretiza na ambição que faz com que um

indivíduo procure alçar-se acima das aptidões de sua classe. A Justiça consiste na harmonia entre as três virtudes da alma, ou seja, no que diz respeito ao Estado, na harmonia das classes que o estruturam.

Em Aristóteles a idéia de justiça estava entrelaçada à idéia de felicidade. Considerava a justiça como uma virtude. O estado de excelência é alcançado pelo homem quando este atinge a virtude e, esta, é expressa por um meio termo, um ponto de equilíbrio, nem excesso, nem falta e que varia conforme o indivíduo. Surge, então, a idéia de igualdade atrelada à idéia de justiça.

Para Kant, a idéia de justiça está ligada à liberdade. Só é justo o homem que reconhece o único direito natural do homem, a liberdade.

E, numa perspectiva histórica, muitas outras idéias de justiça surgiram. Entretanto, imprescindível deixar de citar o jurisfilósofo norte-americano, Jonh Rawls , cuja obra agita o mundo jurídico atualmente.

Segundo Rawls, é absurdo pensar em um contrato como origem da sociedade. É plausível admitir-se que, originariamente, os homens teriam sido todos iguais, sendo legítimo, pois, o ideal de igualdade. Entende, porém, não ser injusta a existência de uns mais ricos que outros, desde que todos, concomitantemente, melhorem a própria situação, vigorando a democracia como condição de paz e mútuo desenvolvimento.

Sobressai do exposto que, embora poucos sejam os conceitos de justiça, muitas são as idéias de justiça. Esta está sempre associada à igualdade, à liberdade, à felicidade. Demanda, sempre, ideais que sobrepõem, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

E é nesse diapasão que deve se situar o acesso à justiça. O simples acesso aos tribunais não coroa esse princípio constitucional. Ele tem que ser permeado pela idéia de igualdade, já que *todos são iguais perante a lei*, e não uns mais iguais que os outros conforme os recursos que possuem; a liberdade tem que estar presente quando o Estado disponibiliza

defensores públicos para defender o indivíduo e que estes sejam da melhor qualidade, não obrigando-o, assim, a contentar-se com o disponível; e a felicidade presente na prestação efetiva da jurisdição e não na frustração de um direito ineficaz e inócuo que se arrasta pelos tribunais durante anos.

Sem dúvida alguma a justiça distributiva é de grande valia a nossa reflexão. Não há como falar em justiça, igualdade, liberdade quando distribuição da renda favorece minorias em desfavor da grande maioria.

A idéia de justiça como meio termo, ou como igual, implica noção de harmonia e equilíbrio. Norberto Bobbio afirma que a justiça é valor para a convivência ordenada e feliz. A integração da justiça à igualdade tem a finalidade de valorizar a igualdade, que é simples relação. A igualdade é objetivo desejado na medida em que é justa .³

A justiça é bem social . Liberdade é bem individual. Ambas são valores supremos da vida civil. A igualdade não é, em si, valor, porque nada significa sem justiça.

Ainda nas palavras de Norberto Bobbio (1997a, p. 16)

Pode-se repetir, como conclusão, que a liberdade é o valor supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto de partes. Em outras palavras, a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência (e, nesse sentido, virtude social, como dizia Aristóteles). Se se quer conjugar os dois valores supremos da vida civil, a expressão mais correta é liberdade e justiça e não liberdade e igualdade, já que a igualdade não é em si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo.

³ “Assim, a instauração de uma certa igualdade entre as partes e o respeito à legalidade são as duas condições para a instituição e conservação da ordem ou da harmonia do todo, que é - para quem se coloca do ponto de vista da totalidade e não das partes - o sumo bem” Ainda: “De todo modo, a igualdade consiste apenas numa relação: o que dá a esta relação um valor, o que faz dela uma meta humanamente desejável, é o fato de ser justa. Em outras palavras, uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, por onde justa se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes com o todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar”. (BOBBIO, 1997a, p. 15)

Observa-se, pois, que a questão envolvendo justiça, igualdade e liberdade envolve conceitos muito mais amplos que os que possam ser precisados com singelas definições. Envolve questões valorativas de difícil precisão e que adentram no campo da subjetividade.

Hans Kelsen dedicou muitos estudos ao problema da justiça⁴ e, estando coerente com sua teoria pura do direito, concluiu que a validade do direito positivo não pode depender da relação que este mantém com a justiça. Isto porque, não sendo a justiça valor absoluto, mas relativo, admite contradição entre normas, proporcionando situação rejeitada pelo sistema jurídico.

No pensamento de Kelsen, (1993, p. 69)

Rejeitando, do ponto de vista do conhecimento jurídico, o pressuposto de uma essência transcendente, existente para além de toda a experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser posta na dependência de sua relação com a justiça. Pois essa dependência só pode subsistir sendo a justiça um valor absoluto, pressupondo-se como válida uma norma de justiça que exclua a possibilidade de tomar como válida qualquer outra norma que a contrarie. Admitindo-se a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias, no sentido, não de que duas normas de justiça contraditórias possam ser tidas ao mesmo tempo como válidas, mas no sentido de que uma ou outra das duas normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias pode ser tomada como válida, então o valor de justiça apenas pode ser relativo; e, nesse caso, toda ordem jurídica tem de entrar em contradição com qualquer uma destas normas de justiça. Por outro lado, cada ordem jurídica positiva pode corresponder a qualquer das várias normas de justiça constitutivas apenas de valores relativos, sem que esta correspondência possa ser tomada como o fundamento da sua validade.

Em resumo, várias são as idéias de Justiça. Estas evoluem e se modificam ao longo da experiência histórica. Entretanto, impossível sua conceituação cientificamente. Isto porque seu conceito envolve elementos subjetivos e a ciência dita pura não abarca os princípios fundamentais relativos ao que seja justo ou injusto.

4 Os estudos estão relacionados em Hans Kelsen, (1993, p. 119-122). Observe-se que a obra traz, ainda, interessante introdução de Mario G. Losano à edição italiana.

1.6 A Ordem Jurídica Justa como Efetivação da Justiça

A ordem jurídica justa é uma expressão recente usada por Kazuo Watanabe e que, de certa forma, abarca muitas idéias de justiça e as sintetiza numa expressão simples um significado muito rico. Intimamente relacionada à questão do acesso à justiça, traz em seu bojo que o simples acesso aos tribunais não coroa um Estado Democrático de Direito.

Uma ordem jurídica justa envolve o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da justiça; o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao efetivo acesso à justiça.

Nesse sentido, liga-se, em alguns momentos, com a justiça distributiva de Aristóteles pelo fato que, existindo uma distribuição justa ou equitativa dos benefícios e dos encargos decorrentes da ordem social a justiça estaria mais perto de atingir o escopo do Estado Democrático de Direito.

A ordem jurídica justa traz em seu bojo a idéia de liberdade e igualdade apregoada por Kant, numa concepção de justiça social em que o homem afigura-se livre perante uma sociedade justa.

Ao mesmo tempo, não se afasta da noção de que a justiça é representada por um equilíbrio nas decisões na medida em que usa de parâmetros de igualdade entre as partes, conforme Norberto Bobbio.

Em conclusão, a definição de uma ordem jurídica justa envolve conceitos subjetivos relativos à igualdade, liberdade, justiça. Conceitos estes, intimamente ligados com a questão da prestação da tutela jurisdicional e a efetividade processual.

CAPÍTULO 2 – ACESSO À JUSTIÇA: UMA VISÃO HISTÓRICA

2.1 A Epistemologia, os Obstáculos Epistemológicos e o Acesso à Justiça

O leitor deve se perguntar porque esta prévia diante de um assunto aparentemente dogmático, alinhavado por textos legislativos, como é o tema tratado no presente estudo. A resposta a esta questão é o embrião de todo trabalho. É uma proposta de reflexões sobre variantes legislativas e todo caráter ideológico que há por detrás delas, focando na estrutura organizacional do Judiciário, suas deficiências e obstáculos e as implicações que ocasionam frente ao sistema processual, tornando-o incompatível com as necessidades urgentes do mundo globalizado.

Para compor o presente trabalho foi necessária a identificação dos obstáculos epistemológicos que poderiam ofuscar a verdadeira visão sobre qual a raiz do (in)acesso à justiça e, principalmente, porque instrumentos que viabilizam uma prestação da tutela jurisdicional mais rápida e efetiva serviam, até pouco tempo, apenas à pessoas ou grupos de pessoas privilegiados econômica e politicamente.

Na verdade, na realização de uma pesquisa, por mais neutro que o autor se posicione, sempre haverá uma confusão entre o pesquisador e o indivíduo. O ideal é que não houvesse; seria a total liberdade e liberalidade da pessoa do pesquisador, da pessoa do ser enquanto humano, passível de erros e influenciável pelas idéias alheias.

Entretanto, os obstáculos epistemológicos se avolumam a cada conhecimento adquirido e se manifestam nos preconceitos trazidos nas idéias. E, geralmente, aparecem

quando essas idéias são inovadoras, exigentes de uma interpretação liberta de preconceitos que as possam limitar.

Sem dúvida foi o que aconteceu com o instituto da tutela antecipada. Institutos com características semelhantes permeavam o ordenamento jurídico há muitos anos. Entretanto, estes instrumentos favoreciam demandas de caráter patrimonial e demandantes econômica e socialmente privilegiados.

Dadas estas considerações, cabe ressaltar que o objetivo com este preâmbulo sobre obstáculos epistemológicos é destinado, especificamente, ao leitor: que este se proponha a uma leitura despida de preconceitos e se distancie o máximo possível do senso comum possibilitando a reformulação de alguns paradigmas que possam impedir uma visão mais ampla sobre a instrumentalidade do processo.

Isto significa dizer que, em nenhum momento, a proposta é atrelar o conceito de obstáculos epistemológicos à postura do juiz perante o processo. A parcialidade ou imparcialidade do juiz está alheia aos objetivos propostos com a análise epistemológica do tema. Esta é direcionada, exclusivamente, ao leitor, para que este faça uma leitura desvinculada de preconceitos viabilizando, dessa forma, um maior aproveitamento do conteúdo do trabalho.

2.1.1 A Epistemologia

A epistemologia, também denominada teoria do conhecimento, é o ramo da filosofia interessado na investigação da natureza, fontes e validade do conhecimento. Assim como em cada área tem um sujeito e um objeto, na epistemologia o sujeito é chamado de sujeito

conhecedor ou epistêmico. É o sujeito que conhece e coloca-se frente a um objeto determinado visando produzir conhecimento.

Etimologicamente significa discurso (logos) sobre a ciência (episteme). Ao lado da epistemologia lógica e genética, surge, recentemente, um novo tipo de epistemologia, a "epistemologia crítica", fruto da reflexão que os próprios cientistas estão fazendo sobre a ciência em si mesma.

Segundo Japiassu (1977, p. 26) “Trata-se de uma reflexão histórica feita pelos cientistas sobre os pressupostos, os resultados, a utilização, o lugar, o alcance, os limites e a significação sócio-culturais da atividade científica”.

A epistemologia crítica tem por objetivo essencial interrogar-se sobre a responsabilidade social dos cientistas e dos técnicos, sobre a significação real das ciências no mundo tecnoglobalizado, seus fundamentos ideológicos e suas conseqüências para esta mesma sociedade biotecnológica.

Esta ciência pode ser definida como o conhecimento das condições da produção científica. É uma disciplina autônoma que propõe uma reflexão sobre as condições nas quais aparecem e se desenvolvem as disciplinas científicas.

Ao falarmos sobre a natureza e o valor do conhecimento temos que levar em consideração que, antes de tudo, é preciso haver o conhecimento. Este não brota à deriva. Para conhecer, há que se confiar no conhecimento, acreditar que seja verdadeiro e puro, e a razão de alguém para acreditar deve ser satisfatória à luz de algum critério. Não há crença nem conhecimento arbitrária ou aleatoriamente.

O importante a se observar é que o conhecimento só se constrói na interação sujeito epistêmico e objeto a ser conhecido. A realidade é infinitamente mais rica que a ciência pode explicar. A ciência é sempre tópica. O olhar científico se dirige para um ponto determinado mas não se perde de vista o horizonte do ponto de vista material. Entretanto, em toda

investigação científica, há a necessidade de se tomar cuidado com os obstáculos epistemológicos para que os resultados não sejam comprometidos pelos preconceitos.

E, normalmente, o obstáculo epistemológico mais grave é a consciência dentro de si mesmo.

2.1.2 Obstáculos Epistemológicos

Obstáculo epistemológico pode ser definido como “um impedimento à produção de conhecimentos científicos”. G. Bachelard (1947)

Em palavras mais simples, obstáculos epistemológicos são elementos que interferem na construção do meu objeto. Nem sempre são obstáculos visíveis e conscientes. Na maioria das vezes eles funcionam como um véu que embaça a mente e não permitem a interação com o objeto de forma a produzir o conhecimento científico.

Não assumem aspectos de ordem psicológica. Antes disso, são obstáculos objetivos, reais, ligados às condições históricas nas quais a investigação científica se desenvolve e no quanto o sujeito epistêmico consegue desvincular-se do senso comum na construção do seu conhecimento.

Os obstáculos epistemológicos não permanecem estáticos no tempo. Conforme a época, o momento sócio-político e cultural da investigação, eles podem alterar-se assumindo formas específicas de desenvolvimento.

Nem sempre os obstáculos ao conhecimento aparecem de forma clara pois, podem manifestar-se inconscientemente. Os obstáculos mais comuns são: o não saber, os paradigmas⁵ já estabelecidos, o senso comum, o empirismo, a ideologia e os preconceitos.

Desta forma, só há produção do conhecimento puro quando o pesquisador consegue desvencilhar-se dos vários obstáculos que aparecem em seu caminho. Isto é válido desde as condutas sociais introjetadas pelo convívio social ao nascer até os paradigmas adotados pela realidade atual.

Bachelard (1947, p. 14) deixa bem claro a divisa entre o espírito investigador e o especulador:

A ciência, tanto em sua necessidade de acabamento como em seu princípio, opõe-se absolutamente à opinião. Se ocorre, sobre um ponto particular, legitimá-la, será por razões diversas daquelas que a fundamentam; na verdade, a opinião despoja-se sempre da razão. A opinião pensa mal; ela não *pensa*; ela apenas traduz as necessidades sob a forma de conhecimento. Designando os objetos para sua utilidade, ela se interdita de conhecê-los. Nada se pode fundar sobre opiniões: importa destruí-la. Ela é o primeiro obstáculo a se superar.

Nesse sentido, a necessidade de delimitar o espaço onde se desenvolverá a pesquisa e as noções introdutórias sobre os aspectos principais sobre os quais ela se deterá. Será o mais fiel possível legitimada pela ciência, presente a opinião apenas no recanto em que não for possível a isenção total da pesquisadora, face as suas próprias limitações.

⁵ A função da pesquisa científica, enquanto labora sob um determinado paradigma, não é questioná-lo mas, ao contrário, ajustar fenômenos observados, procurando explicá-los segundo esse paradigma. (SILVA, 2004, p. 32)

2.1.3 O Acesso à Justiça

Os escândalos políticos estarrecedores veiculados pelos meios de comunicação não são atuais. Hoje tem-se a publicidade dos fatos. Escândalos políticos marcaram nossa história desde a colonização por Portugal. O engendramento política/poder desde então faz do povo sua maior vítima.

A colonização brasileira é marcada por apadrinhamentos e favores pessoais de pessoas públicas. A política tornou-se um vício tão grande que, quem nela entra, faz de tudo para nela manter-se. Isto porque ela representa o poder. Poder de ditar as regras para que mortais obedeçam. E fazem isto em nome do povo.

E o Poder Judiciário não se furtou a esta sorte. Desde a colonização e, mais fortemente com o advento da Revolução Industrial, manteve-se preso por um cabresto ideológico que fez com que a classe dominante o conduzisse conforme suas regras.

O poder, sempre muito bem representado pela classe política, encontrou um jeito de manter o Poder Judiciário equidistante do povo, propagando que, somente alheio aos acontecimentos, poderia tornar-se neutro e aplicar a vontade da lei.

Nas palavras de Pereira Filho (2003):

Questiona-se, então, essa aparente *nulidade*. Sem se esquecer que o povo é o legítimo detentor do Poder e que qualquer atuação *legislativa, executiva ou judiciária (devido processo legal)* deverá estar voltada para o seu verdadeiro titular, infirmou-se, por via oblíqua, ser esse *Poder* inerente, também, ao Judiciário.

O mito da neutralidade do Judiciário serve completamente aos propósitos dos donos do poder que pretendem manter o processo como instrumento de alienação vez que, embora acessível a todos, é eficaz para poucos.

E a dificuldade com relação ao instituto da tutela antecipada é justamente por contrariar alguns paradigmas os quais já haviam se estabelecido e acomodado. Paradigmas estes que sempre colocaram a democratização do Judiciário como uma utopia necessária e útil para a época de campanha eleitoral.

Sob o aspecto formal, todos têm acesso ao Judiciário rápido, tempestivo e efetivo. Na prática, este acesso estende-se a alguns indivíduos que podem custear os serviços de um bom advogado para defendê-los. Sem instrumentos que viabilizem o acesso do povo ao Judiciário, o dispositivo da efetividade presente na Carta Magna não passa de alguns dizeres românticos.

Não que a tutela antecipada seja a solução para todos os litígios imperrados no Judiciário. Sabe-se que além da constitucionalização do processo e sua instrumentalização, a estrutura judiciária como um todo precisa de uma reforma para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva e tempestiva para atender a necessidade da composição dos litígios de alcançar o direito material.

E a tutela antecipada vem tornar possível e viável a concretização do direito material do autor de forma que este não seja obrigado a suportar o ônus processual, o tempo e as mazelas utilizadas pelo réu para procrastinar o processo⁶. Este, sem uma medida efetiva, fica limitado a um obstáculo procedimental e faz com que o autor sofra as agruras processuais por duas vezes: primeiro porque o réu deveria ter cumprido com sua obrigação espontaneamente e não o fez, segundo porque, além de ter que cobrar o que lhe é devido em juízo, tem que suportar o réu na posse de seu bem até o final do processo, o que se arrasta por anos.

⁶ O artigo 17 do CPC traz o rol de mazelas que a parte pode se utilizar para procrastinar o processo, caracterizando a litigância de má-fé:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada no andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

E aqui se afigura necessário relembrar a discussão sobre os obstáculos epistemológicos, quais sejam: o não saber, os paradigmas já estabelecidos, o senso comum, o empirismo, a ideologia e os preconceitos. Sem dúvida alguma, dentro do instituto da tutela antecipada, em muitos momentos é possível observá-los.

Comumente, ou sempre, o juiz tem nas mãos o dever/poder da decisão. E, como porta-voz do Estado, que assumiu a prestação jurisdicional, tem que aplicar o direito ao caso concreto. É sua função efetivar os instrumentos processuais de forma que os princípios constitucionais sejam aplicados isonomicamente. Cabe a ele conceder a tutela antecipada sempre que se fizer necessário para que a vida do autor sofra as mínimas privações possíveis frente à inadimplência do réu.

Entretanto não é o que acontece. Muitos juízes se apegam demasiadamente ao texto formal da lei sem atentar-se para sua aplicação prática. Instrumentos que são criados para minimizar os danos no processo, acabam se tornando obstáculos para a realização da justiça. Isto porque, os julgadores não se libertam de seus preconceitos, não transpõem seus obstáculos epistemológicos e trazem uma carga dogmática adquirida nos bancos escolares, depois em cursinhos preparatórios, para dentro do processo. Acaba por se tornar escravo da lei.⁷

Análogo o posicionamento de Dalmo de Abreu Dallari (2002) na obra “O Poder dos Juízes” e de Rui Portanova (1991) em “Motivações Ideológicas da Sentença”. Segundo Amilton Bueno de Carvalho, o bom juiz transforma a pior das leis em boa, e o mau juiz transforma a melhor das leis em idiotice.

⁷ Adotando esse critério, o julgador utiliza uns tantos modelos de interpretação da lei e se considera exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorram de suas sentenças. É o juiz que se diz ‘escravo da lei’, como se isso fosse um sinal positivo de sua imparcialidade e neutralidade, ao mesmo tempo em que diz que o juiz é mero aplicador da lei, não podendo legislar mas penas aplicar rigorosamente o que foi estabelecido pelo Legislativo”. (DALLARI, 2002, p. 97)

Isto se vislumbra claramente no instituto da tutela antecipada quando o juiz se depara com uma situação em que sua decisão pode trazer um dano irreversível a uma das partes.⁸

À primeira vista, parece que, se o dano causado for irreversível, o juiz não poderá conceder a tutela antecipada. Entretanto, não é assim que se afigura. Dano maior poderá ocorrer se o processo se estender demais e, ao final, o juiz chegar à conclusão que o autor tinha razão. A decisão, então, pode não ser mais útil para ele, pode ter se tornado inócua.

E a própria lei dá a resposta ao dizer que a concessão da tutela é provisória, pode ser modificada a qualquer tempo. Desta feita, se o juiz chegar à conclusão que o réu é quem tem razão, basta revogá-la. Infelizmente, não é o que acontece. É mais fácil e menos comprometedor denegar a tutela antecipada e privilegiar o réu mais uma vez.

Parece que aquele princípio do Direito Penal é mais aplicado no Cível: “*In dubio pro réu*”. E isto acontece porque faz parte da “cultura jurídica” tornar-se avessa às mudanças. Tudo que implica em mudança é enfrentado com desconfiança e, talvez daí, uma das causas do atraso em nosso ensino, em nosso Direito.

Para tudo tem que ter uma ordem expressa. Assim aconteceu, também, com a questão da concessão da tutela antecipada quanto a parte incontroversa da demanda. Se o réu não contestou parte do pedido ou reconheceu parte dele, porque o autor tem que esperar até o final do processo para receber o que é seu? Porém, foi necessário inserir um dispositivo no artigo 273 do CPC para que, o que a doutrina já havia descoberto há tempo, fosse aplicado ao caso concreto. Eis a grande descoberta legislativa, parágrafo 6º do artigo 273 do CPC:

⁸ Prescreve o artigo 273 do CPC: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

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

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

A pretensão com a tutela antecipada não é resolver todos os problemas do Poder Judiciário. Entretanto, talvez seja uma oportunidade única de equalizar o ônus processual e tornar o processo mais justo, amenizando a trágica situação da falência do Judiciário. No Boletim AASP _ nº 2331 de 08 a 14 de setembro de 2003. p. 1 e 2, *A falência do Judiciário Paulista* fica bem nítida a situação temerária em que se encontra a estrutura judiciária:

Contudo, a situação hoje presenciada pelos Tribunais paulistas deixou de ser simples “morosidade” e, ultrapassando qualquer limite de razoabilidade, configura autêntica denegação de justiça.

[...]

Situação dessa natureza não pode mais perdurar porque aniquila o Estado de Direito, avilta a cidadania, estrangula as forças econômicas produtivas e convida homens de bem _ abandonados que estão a sua própria sorte _ a valerem da justiça pelas próprias mãos.

O tempo é um dos grandes vilões da modernidade. As informações e mudanças processam-se muito rapidamente e o Judiciário tem que estar aparelhado para acompanhar esse ritmo sob pena de que suas decisões sejam vazias de efetividade.

Mais ainda: se o tempo é um ônus severo que as partes devem suportar, é preciso que os Tribunais tenham coragem e discernimento para se utilizar do mecanismo da tutela antecipada em segundo grau, porque esse instrumento, como sabido, é medida que combate o desequilíbrio decorrente da imposição do ônus do tempo a quem teve um direito reconhecido, ainda que em primeiro grau. Isso, embora deva ser visto e feito com grande prudência, nada mais significará que, na prática, ampliar a regra de que a apelação tenha efeito apenas devolutivo - regra vigente na Lei de locação sem grandes turbulências, ao que se saiba. (Boletim AASP nº 2331)

Sua aplicação ao caso concreto exige, acima de tudo, conhecimento profundo por parte dos julgadores e aplicadores do Direito. Há a necessidade de se conhecer o instituto, ultrapassar os obstáculos epistemológicos que separam a teoria da prática.

Nesse sentido, de conhecer não apenas um aspecto do problema, mas suas várias matizes, é que urge a necessidade de entender de onde vem o (in)acesso à justiça, suas multifacetadas, os paradigmas que o envolve, conhecer como surgiu o instituto da tutela antecipada e perceber que ela está intrinsecamente relacionada com a questão do acesso à justiça. Para tanto, é preciso reportar-se ao início de nossa colonização para entender a estrutura organizacional judiciária que nos foi legada. Com este entendimento, já se verificará a desmistificação de alguns estigmas criados pela relação política/poder/obediência.

Em seguida, é preciso fazer uma análise do acesso à justiça e princípios constitucionais. Não dá para discorrer sobre a ordem justa se esta não estiver fundamentada no princípio da proporcionalidade⁹. Muito menos dizer que a decisão atendeu às necessidades do autor se esta não foi prolatada tempestivamente com a devida celeridade e efetividade ao processo.

Só então, conhecendo as raízes do (in)acesso à justiça, os princípios que permeiam a Constituição Federal e dão garantia de celeridade ao processo é que poderemos discutir com propriedade a necessidade salutar da tutela antecipada.

Ao deitar os olhos sobre a história da colonização brasileira é essa a realidade vista. Infelizmente, em mais de quinhentos anos, pouca coisa mudou. Na verdade, os problemas essenciais continuam os mesmos. Digamos que apenas se tornaram mais complexos dada a incrementação da sociedade.

⁹ O princípio da proporcionalidade surge como uma verdadeira arma de proteção do indivíduo contra as investidas do Poder Público, sobretudo o legiferante. Como assevera Grabitz apud Bonavides (1998, p. 359), a principal função do princípio da proporcionalidade é exercitada na esfera dos direitos fundamentais, servindo ele, antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.

A organização administrativa, política, econômica e social do Brasil foi engendrada de tal forma que constitui uma teia: quanto mais se mexe, mais prende.

O problema do acesso à justiça, embora em vigor ultimamente, tem sua temática enraizada na época do Brasil Colônia. Desde então, Justiça é um artigo de luxo e, portanto, disponível para quem tem tempo e dinheiro.

2.2 A Estrutura Judiciária de Portugal

O reino de Portugal nasceu do predomínio da espada. Filho da revolução e da independência, o reino se ergueu em meios a guerras e conquistas.

Em Portugal, vigia o velho Direito de Castela que reservava ao rei certas prerrogativas como a da justiça, moeda, fossado¹⁰, tidas como inerentes à sua preeminência na sociedade política. O predomínio do soberano, já a caminho do absolutismo, era assegurado pelos forais. O despotismo contribuía para controlar o povo, domesticando a nobreza sem aniquilá-la.

O Estado português formou-se a partir de fragmentos colhidos numa longa tradição. Seu direito será ditado pelo de Justiniano, fixando os marcos do pensamento jurídico e propagando-se no ocidente. Desta feita, os pilares sobre os quais se assenta o Estado português é o do Direito Romano, calcado num racionalismo formal sob o comando e o magistério da coroa.

¹⁰ Guerra organizada e regular que implicava uma mobilização coletiva dos homens para o exterior de suas comunidades. O objetivo era saquear riquezas (ouro, cereais, gado, armas) e desgastar o inimigo, arrasando regiões inteiras.

A justiça era acometida de arbitrariedades e fica visível numa passagem narrada por Faoro (1991, p. 13), em que D. Pedro I aplica a pena conforme seu juízo, sem se importar com os padrões fixados: “A um adúltero mandou, em sua câmara, cortar-lhe aqueles membros que os homens em maior apreço têm”.

E o Direito Romano renasce imponente, reforçando conscientemente o Estado patrimonial. Este, na verdade, torna-se uma empresa do príncipe que intervém em tudo, expondo-o aos riscos necessários para o alcance da riqueza e da glória. Vislumbra-se as bases do capitalismo de Estado, politicamente condicionado pela supremacia da coroa. O grande rei-empresário promove o Estado a uma grande empresa do tráfico, mas impedirá, ao mesmo tempo, o desenvolvimento do capitalismo industrial.

O Estado tem na base de seu poder uma estrutura comunitária: o estamento. Segundo Faoro (1991, p. 46) isso ocorre porque:

As classes são formadas com a agregação de interesses econômicos, determinados, em última instância, pelo mercado. A propriedade e os serviços oferecidos no mercado, redutíveis, propriedade e serviços, a dinheiro, determinam a emergência da classe, com o pólo positivamente e o pólo negativamente privilegiados.

Na estrutura estamental,¹¹ o indivíduo que aspira por privilégios, se fixa no prestígio da camada, na honra social que ela infunde sobre toda a sociedade. Isto faz com que seja privilegiado um determinado estilo de vida, se destaque um certo tipo de educação, surgindo, daí, a desigualdade entre as classes sociais.

Segundo Faoro: (1991, p. 48):

No Estado absoluto, resíduo do patrimonialismo, viverão atuantes, submersos mas vivos, os privilégios, condicionamentos da vontade do

¹¹ Por “estamento burocrático”, Faoro identifica um “quadro administrativo e estado-maior de domínio característico do patrimonialismo, em que uma minoria comanda, disciplina e controla a economia e os núcleos humanos”. (FAORO, 1975, p. 203).

soberano. O estamento estado-maior da autoridade pública _ apressa, consolidando-a, a separação entre a coisa pública e os bens do príncipe. O reino não é mais o domínio do rei: o soberano é o domínio da nação. Os delegados do rei, com direitos próprios que o estamento prestigia, não representam sua casa, senão o país. Quem delimita as fronteiras, que o Estado patrimonial não lograra firmar, são os juristas, agora com o primeiro lugar nos conselhos da Coroa. A tradição que o direito romano derramara em resíduos sem coerência, ganha caráter racional, consciente, concertado_ graças à palavra, acatada, respeitada, dos juristas.

Nesta época, o cargo da magistratura era ocupado por famílias ligadas mais ou menos entre si pelos laços de parentesco. De uma forma ou de outra, tudo era controlado pelo rei, formando um núcleo ativo, dinâmico, associado ao Estado.

Essa forma de constituição do Estado fez com que acontecesse um grande atraso científico e um enrijecimento do Direito. Ambos eram importados de outras realidades e chegavam sempre atrasados, tardios. Só se copiava, não se criava. Copiava-se o que era de interesse e servia às arbitrariedades do rei. Neste sentido Faoro (1991, p. 63) complementa:

Portugal, cheio de conquistas e glórias, será, no campo do pensamento, o reino cadaveroso, o reino da estupidez: dedicado à navegação, em nada contribuiu para a ciência náutica; voltado para as minas, não se conhece contribuição na lavra e na usinagem de metais. Toda a vida intelectual, depois da fosforescência quinhentista, ficou reduzida a comentários.

Nesta época, século XVII, a ciência era preparada para os letrados e, freqüentavam a escola, apenas uma casta privilegiada de pessoas. As escolas não eram feitas para todos, mas para uns poucos privilegiados que faziam parte da classe dos donos do poder.

Desta feita, o conhecimento científico muito pouco contribuiu para a melhoria de vida das pessoas mais abastadas. O ensino era elitizado e, nessa mesma linha, formalizou-se o Direito e o ensino jurídico. O Direito se dirigia ao delegado real, ao agente soberano e, só daí,

era projetado sobre o indivíduo. Passa a ser um instrumento de desígnios superiores, sem autonomia.¹²

Aos poucos se cria um sistema onde o rei manda e os súditos obedecem, seja qual for a ordem. Pode se rebelar, mas de nada valerá. O acesso ao apelo retificador do rei só está aberto aos poderosos. Não existe direitos individuais, apenas o despotismo e o arbítrio.

E é esse Portugal que coloniza o Brasil, trazendo para cá uma estrutura socio-econômica e política comprometida com os interesses de uma classe privilegiada e exploradora, que deixa uma herança difícil de se aceitar e um fardo pesado para se carregar, fruto de tantas arbitrariedades e desmandos.

2.3 A Estrutura Judiciária da Colônia

O grande desafio historicamente posto a Portugal era consolidar-se enquanto nação e Estado e, ao mesmo tempo expandir-se sobre domínios incivilizados através das navegações. Apenas quando o empreendimento comercial que impregna o caráter quase que integral das grandes navegações no século XV passa a ser, também, uma ação de governo, que se fará a transição dos discursos de feitorias e estancos para os planos de organização centralizada pela coroa.

¹² Quaisquer que tenham sido as falhas da educação dos juristas como preparação para os encargos governamentais, a experiência passada em Coimbra produzia inúmeros efeitos que davam à burocracia portuguesa seu caráter distintivo. Primeiro, já que os magistrados precisavam obter um grau em Direito na Universidade de Coimbra, não importando sua origem social ou local de nascimento, a Universidade funcionava como um agente centralizador. As tentativas feitas para estabelecer outras universidades no império, inclusive a de 1675 que queria transformar o Colégio Jesuíta da Bahia em universidade, não tiveram sucesso. Resultou em um sistema de preparação burocrática, centrada na metrópole e mais sujeita ao controle real. Segundo, a experiência universitária comum criou entre o pessoal da magistratura e os advogados condições contraproducentes para os objetivos burocráticos, mas que facilitavam a ascensão da classe dos letrados. (SCHWARTZ, 1979, p. 234)

O princípio da colonização portuguesa orientada deu-se sob a égide das capitâneas hereditárias, experiência bem sucedida na Madeira e Açores, baseada em vetusto instituto de Direito visigótico como o Foral. Tratava-se de um sistema de povoamento, exploração e defesa do território sustentado pela cessão da propriedade ao particular. O domínio da Coroa sobre a colônia estaria fundado somente, em princípio, nas relações de vassalagem estabelecidas entre os donatários e o Rei.

Conforme Faoro (1975, p. 133):

Efeitos inevitáveis, decorrentes do isolamento geográfico, da extensão da costa, capazes de gerar núcleos de autoridade social, sem que a administração real permitisse a consolidação da autonomia política. Tudo está longe do feudalismo, da aristocracia territorial, dos monarcas latifundiários. Olhos vigilantes, desconfiados cuidavam para que o mundo americano não esquecesse o cordão umbilical, que lhe transmitia a força de trabalho e lhe absorvia a riqueza. O rei estava atento ao seu negócio.

Não dispensa muitos esforços a compreensão de que o isolamento em que as capitâneas tendiam a viver, seja por razões culturais de natureza medieval, seja pelas contenções geográficas, não contribuía ao melhoramento da exploração da colônia e seu povoamento.

A colônia, de certa forma, representou a oportunidade para que a coroa portuguesa definisse para si uma função de governo de liderança, ocupando espaços de normatização, de incentivo e de coordenação que os particulares ou não teriam condições, ou interesse de assumir. A comunicação entre as capitâneas e execução de projetos comuns era uma dessas tarefas. A defesa articulada do litoral era outra, assim como o desbravamento dos limites para o continente.

Dessa forma, em 1548 o Rei Dão João III dá regimento a Tomé de Sousa para que venha instalar na Bahia o Governo Geral e com ele vieram Antônio Cardoso de Barros, como Provedor da Real Fazenda e Pero Borges de Sousa, Ouvidor Geral.

Afirma Pombo (1953, p.157) sobre os objetivos do Governo Geral:

[...] uniformizar a administração de todo o país; corrigir o arbítrio dos capitães-donatários e de seus loco-tenentes. E os desmandos e abusos praticados contra o gentio; regular as relações entre as diversas capitanias, submetendo os donatários a uma autoridade superior tendo sede no próprio país; expelir os contrabandistas, tornando efetiva e rigorosa a guarda da costa; amparar os donatários, tanto contra insurreições de indígenas, como contra assaltos de piratas ou investida de intrusos; instituir justiças menos ilusórias que pusessem mais ordem na vida das colônias; ativar a conquista e o povoamento; reprimir a indisciplina reinante em todas as capitanias: em suma – organizar a política portuguesa na América.

A legislação medieval (tal como o eram as ordenações no seu universo feudal) estava mais orientada para por o Rei como a autoridade habilitada para resolver conflitos de competência (Estado-jurisdição), aliás provocados por ele próprio em última instância, do que para tornar as soluções claras e facilmente aplicáveis. O rei, por legislar e julgar, assume um papel relevante ao lado de outras várias autoridades com poder impositivo, mas por credenciar-se em razão do discurso de soberania no poder “legítimo”, colocará a si próprio no centro da justa decisão de conflitos entre os demais atores sociais tradicionais. Esse será o diferencial de seu papel que abrirá os caminhos para uma efetiva centralização, paulatinamente.

Entretanto, este sistema de exploração que inicialmente se tentou instalar no Brasil, um sistema ao modo feudal com as capitanias hereditárias, não se mostrou conveniente ao Estado português, já que privatizava uma parte do patrimônio do Rei.

Em Portugal estavam presentes as idéias já consolidadas de um Estado absolutista, centralizador e governado por um estamento burocrático a quem obviamente não interessava perder seu poder no que era amplamente ajudado pela inquisição portuguesa e, que, portanto, tratou de modificar o sistema para o de centralização administrativa.

Ao Brasil colônia, apesar de sua sociedade caracterizada pela descentralização na busca e obtenção de riqueza, restava cumprir as determinações vindas de Lisboa. Aplicou-se,

por extensão, o patrimonialismo segundo o modelo ditado por Lisboa e, assim, o regime colonial confirma o patrimonialismo concentrador dos serviços de controle e arrecadação de impostos.

Criou-se uma grande estrutura que obrigaria ao exercício de uma política predatória de cobranças de impostos pela justificativa e necessidade de manutenção dessa grandiosa máquina burocrática de nobres que nada produziam. O Estado obrigou-se a manter esse estamento pela necessidade de amparo aos interesses políticos daquele que detém o poder.

Um grande legado trazido pelos lusitanos e incorporado pelos brasileiros desde a colonização foi o patrimonialismo.¹³ Este pode ser entendido como a saga do poder público sendo utilizado em função de um grupo ou camada de pessoas, prestando-lhes favores particulares como se tivesse sido criado exclusivamente para este fim.

A sociedade é impelida a perder um pouco de sua identidade uma vez que fica sem opção. A estratificação social é muito nítida: ou se é governante e todo o aparato público é utilizado para conservar este status, ou se é governado, e as regras são ditadas para serem obedecidas. Nesse sentido, escreve Faoro (1993, p. 16-17):

A sociedade, em tal situação, pode chegar a ser [...] um pouco autônoma, mas nunca independente: não será ela que ditará ao poder público a política, mas será a política que lhe ditará a conduta. [...] herdeiro do patrionalismo português, (o Brasil) recebeu, com a independência, o impacto do mundo inglês, já moderno, adotando a máscara capitalista e liberal, sem negar, ou [...] sem superar o patrionalismo.

¹³ O “patrimonialismo” é visto como um tipo de domínio, de uma forma de poder institucionalizada, em que a comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus na origem e como negócios públicos depois. Faoro sustenta a idéia de que herdamos a estrutura do Estado patrimonial português, entendido como uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para o funcionário. “Na monarquia patrimonial, o rei se eleva sobre todos os súditos, senhor da riqueza territorial, dono do comércio - o rei tem um dominus, um titular da riqueza eminente e perpétua, capaz de gerir as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir a economia como se fosse sua empresa” (FAORO, 1975, p. 20). Maiores informações sobre o domínio patriarcal, ver vol. 1, capítulo I - Origem do Estado Português e vol. 2, capítulo final - A Viagem Redonda: do patrimonialismo ao estamento.

Essa estrutura herdada da metrópole e implantada aqui na colônia trouxe uma série de problemas. Tudo que é importado e não adaptado à realidade dificilmente dará certo. E, como na verdade não se conhecia muito bem os problemas da colônia ou propositalmente os ignorava, ainda no final do século XVII a metrópole tinha que intervir no diálogo entre os Governadores e a Relação da Bahia. Os conflitos com as Câmaras foi também comum pelo menos até 1696, quando os Desembargadores passaram a nomear os juízes antes eleitos por aquelas. Representativo disto é a própria extinção da Relação da Bahia por interesse direto e ingerências da Câmara daquela cidade junto à Corte.

Nos primeiros séculos após o descobrimento, o Brasil se articulava em função da metrópole. Sua organização atendia aos interesses mercantilistas lusitanos, anulando-se enquanto sociedade. Isto refletia nos problemas enfrentados pelo povo. Este, desde então, era esquecido. Seus interesses não eram os mesmos da classe dominante, portanto, todas as atenções eram concentradas em agradar a metrópole.

A estrutura política consolidou-se tendo como base o aparato burocrático lusitano, desvinculada de uma identidade nacional. A população encontrava-se desprotegida e alienada, já que seus interesses não encontravam guarida no esteio governamental. O Estado formou-se protegendo o interesse dos donos de propriedade e dos meios de produção propiciando um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico.

A estrutura sócio/política e econômica foi organizada de modo a proteger, antes de tudo, os interesses dos donos do poder. O patrimonialismo desenvolveu-se como forma de concentração do poder político, tornando o Estado Brasileiro mais intervencionista, paternalista e autoritário.

No plano das idéias temos uma colônia influenciada pela ideologia da Contra-Reforma, uma mentalidade voltada para servir a Deus e ao Rei. Obviamente que, por seu

ideário retrógrado, Portugal se distanciava dos ideais renascentistas da modernidade científica e filosófica que afluía na época. E, com ele, reproduzindo seus passos, a colônia também tornava-se fruto de uma cultura autoritária, escolástica, católica e acrítica. Sua política era fraca, atrasada e corrupta e parece que isto se tornou um legado vitalício.

2.3.1 O Direito e a Colônia

Como tudo implantado pela metrópole, o Direito também não correspondia à realidade dos povos que aqui viviam, na sua maioria, os indígenas. Entretanto, através da catequese e da evangelização, foi-lhes imposta uma cultura alienígena, sem sentido e desvinculada de sua realidade. Já naquela época, primava-se por um acesso à justiça apenas formal da maioria da população às leis.

Como bem observa Cristiani; Wolker (2001, p. 332): “Pelos portugueses colonizadores o Brasil nunca foi visto como uma verdadeira nação, mas sim como uma empresa temporária, uma aventura em que o enriquecimento rápido, o triunfo e o sucesso eram os objetivos principais”.

A metrópole entendia que a sua cultura geral, dentre ela a jurídica, era infinitamente superior em relação à cultura da colônia. Sua tradição jurídica milenar serviu de justificativa para sufocar o Direito nativo, impondo suas leis que, na verdade, pouco se encaixavam às necessidades do povo.

Criou-se um Direito particular, essencialmente voltado aos interesses dos donos das terras, os donatários, e servidor dos propósitos colonizadores da metrópole. Esta se

preocupava com leis que assegurassem o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros e severas leis penais que a protegessem contra possível ameaça de dominação.

O Direito português estruturou-se à base de muitas influências, segundo Machado Neto (1979, p. 311):

[...] pode ser caracterizado como um aspecto da evolução do direito ibérico. Deste participa em suas origens primitivas, na paralela dominação romana, na posterior influência visigótica, na subsequente invasão árabe, na recepção do direito romano justiniano, apenas separando suas trajetórias históricas quando Portugal separou seu destino do das monarquias espanholas de então, seguindo, daí por diante, o seu direito, uma independente evolução nacional.

Esta estrutura disforme e confusa foi a mesma implantada no Brasil Colônia, desprezando toda a cultura que encontraram ao chegar aqui.

Nas palavras de Wolkmer (1999, p. 49): “A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população.”

O ordenamento formalista dogmático, num primeiro momento, encontra-se inspirado no idealismo jusnaturalista e, posteriormente, na exegese positivista. Aliado a uma estrutura político-administrativa patrimonialista e elitista torna o Direito um instrumento de alienação pois o povo, o nativo, fica excluído do ordenamento e à mercê da justiça dos proprietários de terras.

Importante ressaltar, neste momento, o Código Civil de 1916 (e vigente até 2002), formatado com ideais completamente patrimonialistas. A exemplo de todos os demais oitocentistas, veio à tona sob os influxos da época. Aliás, fiel à tradição romano-germânica, não só refletia a tendência de codificação, como trazia em si os matizes de então, em especial os valores individualistas, liberalistas, etc. No momento de sua criação, a idéia de Estado liberal era muito presente.

A preocupação em salvaguardar os interesses patrimoniais estava presente em todo o Código. A propriedade era compreendida como direito absoluto, mesmo que isso significasse beneficiar o indivíduo em detrimento da sociedade.

Este modelo de lei atravessou décadas, regeu situações muitas vezes já conflitantes com a evolução da sociedade e, só teve seu caráter individualista e patrimonialista suavizado, com a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, que trouxe para o texto legal a preocupação com o indivíduo enquanto coletividade modificando, até mesmo, a visão de propriedade e, tratando-a, agora, como um direito relativo, vinculado ao cumprimento de sua função social.¹⁴

Contudo, embora muita coisa tenha mudado em termos de legislação, o Processo Civil bebeu avidamente das teorias do liberalismo, tornando-se tortuoso e moroso, trazendo imensos prejuízos àquele que dele necessita. Nas palavras de Silva (1997a, p. 117):

O processo de conhecimento, como processo declaratório e, além disso, por natureza ordinário - em que a verdade proclamada, depois de um amplo debate judicial, como resultado de um juízo de certeza, obtido pelo magistrado através da utilização integral dos meios de ataque e defesa pelos litigantes- será indiscutivelmente o instrumento capaz de abrigar essa espécie de filosofia política que tem na ideologia da 'separação dos poderes' sua base de sustentação.

Na verdade, o que se sugeriu nessa época foi que, um processo longo onde as partes pudessem produzir todos os meios de prova necessários a sua defesa, constituísse um processo justo. Não se levou em consideração que um processo justo pode ser apenas aquele que distribui a justiça e o ônus processual de forma equitativa entre as partes, coroado de celeridade e portador de efetividade à decisão.

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Em nome da segurança jurídica, houve um divórcio entre o Processo Civil e a realidade fática.

2.3.2 A Justiça Colonial

Para que a justiça fosse aplicada conforme as regras da metrópole foi necessário criar todo um aparato que mais tarde ficou conhecido como sistema judiciário. Este era encarregado de fazer valer as leis importadas da metrópole, garantindo-lhe segurança. A primeira grande fase desse período foi marcada pelas leis gerais e pelos forais.¹⁵

O primeiro componente desse sistema judiciário foi o correspondente ao período das capitâneas hereditárias. Nessa fase da colonização a administração da justiça ficava a cargo dos donatários. Eles eram os juizes em suas terras e aplicavam a justiça conforme seus preceitos. Dentro de seus limites territoriais eram soberanos na acepção pura da palavra, exercendo funções administrativas, militares e aplicando sua justiça. Nas palavras de Martins Júnior (1979, p. 125): “Ao donatário competia a função de administrador, chefe militar e juiz ao mesmo tempo; o donatário não repartia com outros o direito de aplicar a lei aos casos ocorrentes, dirimindo os conflitos de interesses e direitos entre os habitantes da capitania”.

Este quadro modificou-se apenas com a chegada dos governadores-gerais e a formação de uma pequena burocracia formada por um grupo de profissionais.

¹⁵ Alexandro Herculano dá-nos a seguinte definição: “Foral é a tradução que a Idade Média fez das expressões latino-bárbaras *forum*, *foros*, com que se designavam já no século X, não só as leis escritas e os costumes tradicionais, mas também qualquer diploma de concessão de privilégios, e ainda, várias espécies de contratos sobre a propriedade territorial de que para um ou mais indivíduos resultavam direitos e deveres”. (apud NASCIMENTO, 1984, p. 191)

Em 1549 houve a implantação do primeiro governo-geral. Os antigos ouvidores passaram a ser ouvidores-gerais e, seus cargos, representavam maiores responsabilidades e maiores poderes. Através deles houve uma melhora significativa na administração da justiça e, também, um controle maior da metrópole em relação à colônia.

O trecho a seguir demonstra com clareza a extensão do poder do ouvidor-geral, segundo Garcia (1956, p. 73):

Conhecia por ação nova dos casos crimes e tinha alçada até a morte natural, inclusive nos escravos, gentios e peões cristãos livres. Nos casos, porém, em que, segundo o direito, cabia a pena de morte, inclusive nas pessoas das ditas qualidades, o ouvidor procederia nos feitos afinal e os despacharia com o governador sem apelação nem agravo, sendo ambos conformes nos votos. No caso de discordarem, seriam os autos com os réus remetidos ao corregedor da corte.

Das leis compiladas surgiram três grandes ordenações: Ordenações Afonsinas (1466), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603). Essas normas foram as mais importantes para o Brasil e a legislação referente ao Direito Civil, vigorou até 1916 com a entrada do Código Civil Nacional. Na lição de Nascimento (1984, p. 200):

Do ponto de vista de uma orientação técnica, cada um dos referidos códigos se dividiu em cinco livros, versando sobre as seguintes matérias:
Livro I - Direito Administrativo e Organização Judiciária;
Livro II - Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros;
Livro III - Processo Civil;
Livro IV - Direito Civil e Direito Comercial;
Livro V - Direito Penal e Processo Penal.

A estrutura judiciária era organizada da seguinte forma: a primeira instância era composta por juízes singulares distribuídos nas categorias de ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais; a segunda instância, composta de juízes colegiados, agrupava os chamados tribunais de relação, apreciadores de embargos e recursos; e a terceira instância era composta

pelo Tribunal de Justiça Superior, com sede na metrópole e representado pela Casa da Suplicação.

Na verdade, a estrutura judiciária que se formava na colônia era uma réplica da estrutura judiciária lusitana.

A magistratura, ainda que profissional, não se distanciava do ambiente das relações pessoais fortemente envolventes da colônia. Os magistrados eram leais e obedientes aos interesses reais. Isto porque, atendendo às necessidades da Coroa, eles podiam ter promoções e recompensas compensando toda devoção.

A Coroa exercia tal poder sobre os magistrados que lhes impunha determinadas regras de conduta e convívio social que os deixava eqüidistantes da população. Desta forma, não conhecendo as agruras pelas quais passavam as pessoas, eles não tinham como conhecer seus problemas e, em algum momento, mostrarem-se solidários com elas. Os magistrados aplicavam as leis da Coroa, prestando-lhes grandes serviços. Na transcrição de Cristiani; Wolkmer (2001, p. 344):

Esses magistrados vinham para a Colônia com o intuito de obter um status social elevado e, normalmente, traziam consigo suas famílias, que eram formadas além da esposa e dos filhos, por parentes, afilhados, empregados, criados e escravos etc. Essa “família ampliada” acarretava um grande dispêndio para sua manutenção, e o magistrado, além da função da judicatura, preocupava-se com os papéis de marido, pai, padrinho e protetor, sendo comum usar de sua posição profissional de magistrado, como tráfico de influência, para o desempenho de suas outras funções.

Esta subserviência da magistratura à Coroa tem início já na forma pela qual os magistrados são selecionados para os cargos tão almejados. Só participam desta seleção uma casta privilegiada da sociedade.

O preenchimento de cargos na estrutura judiciária na época era pautado pelo parentesco, apadrinhamento, suborno. O entrelaçamento entre a burocracia que começava a brotar na Colônia e as relações pessoais deixaram uma herança de patrimonialismo e

corrupção impossíveis de serem negados. O caráter não-burocrático das relações foi infestado por interesses pessoais, traduzindo suas metas na busca ininterrupta por dinheiro, prestígio e poder. A justiça se torna, portanto, um instrumento de dominação da metrópole, tornando-se inacessível, restrita a poucos e, portanto, ineficaz. Cristiani; Wolkmer (2001, p. 341) comenta:

Certamente, a metrópole, para garantir o seu domínio, tratou de enviar à Colônia um corpo burocratizado de agentes públicos. Regra geral, as burocracias procuravam ficar afastadas da população, sem que dela sofressem influências; isto é, com a profissionalização dos cargos públicos, os fatores pessoais foram afastados dos centros de decisões.

Mais dependentes dos laços familiares e locais estaria a Administração ao se afastar para o interior. Os próprios órgãos da burocracia profissional eram resistentes a essa interiorização pelas condições funestas e insalubres dos transportes e acomodações.

É possível assinalar uma série de problemas que comprometiam a efetividade da justiça em tal época. Um dos problemas principais e de natureza estrutural, é o que encontramos nos fóruns hoje: a dificuldade de acesso e a excessiva demora nos julgamentos da Corte. Embora a dificuldade de acesso geográfico hoje seja bem menor e a dificuldade maior é o acesso econômico/social, para aquelas pessoas de comunidades longínquas, como a dos grandes sertões ou cidadelas mais afastadas, ainda fica difícil recorrer aos especialistas dos grandes centros. Desta feita, ao longo dos anos, os problemas tornam-se complexos, entretanto, não são novos. Isto porque, nunca são atacados na causa, na raiz e, sim, nas conseqüências.

Outra dificuldade da época é que os membros que deveriam compor as juntas de ouvidores deveriam ser bacharéis, o que obstaculizava a execução dada a escassez de mão-de-obra, visto que, no Brasil, ainda não havia universidades e o acesso à Coimbra era estreito para proporções demandadas na colônia.

Um grande entrave em relação à efetividade da justiça era a excessiva burocratização e integração do Estado moderno face à proporção do povoamento e da urbanização. Em verdade, a fragilização dos ambientes tradicionais constituídos pelas comunidades pode ser erigida como um dos fatores que permitiria as condições necessárias para a penetração do Direito oficial.

E, naquela época, não eram apenas as pessoas que precisavam do Judiciário que eram analfabetas. Em alguns lugares, dada a distância do local, até mesmo os juizes eram semi-analfabetos. A dificuldade para se preencher os cargos públicos era grande; havia, praticamente, um analfabetismo funcional.

O Direito local não oferecia grandes complexidades. Por isso que o Direito oficial, formalizado era tão difícil de ser implementado e trazia pouca eficácia. Uma mera decretação e a atribuição de regimentos a quem quer que seja não têm o condão de submeter ou contornar aquilo que poderíamos chamar de “condições reais de governo”, quais sejam, como já referido, a estrutura burocrática, a qual depende diretamente da especialização, as condições de povoamento e urbanização, aptas a distanciar as relações intersubjetivas e tornar tênues (ao menos tendencialmente) as relações familiares e de amizade, cancro tão maligno na gênese do poder público brasileiro.

Em suma, pode-se dizer que a cultura jurídica formou-se em um cenário marcado pelo individualismo político e pelo formalismo excessivo das leis, o qual resultou em uma magistratura responsável por criar quadros político-burocráticos no país.

2.4 A Herança

Fazendo um retrospecto histórico chega-se à raiz do caos que se instaura na Modernidade. Os problemas que comprometem a efetividade da justiça têm sua origem na época da colonização, que desde lá, a falta de estrutura organizacional já dificultava a administração da justiça.

Desta feita, as questões não resolvidas lá atrás continuam sem respostas até hoje. Os tribunais brasileiros carregam traços do sistema português da época colonial. A administração da justiça deparava-se com uma sociedade em que as desigualdades eram extremamente acentuadas. A vida dos trabalhadores e dos escravos não difundia muito interesse nas elites, portanto, seus problemas não eram da apreciação da Justiça.

Oportuna as palavras de Marinoni; Becker (2006) citando Rosenn, no texto “A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros”.

Em outras palavras, quanto maior a centralização do poder (herança colonial), maior a papelada burocrática (porquanto se receia muito a delegação de poder; logo, as ordens e os problemas são encaminhados lenta e capilarmente por escrito, de e para a medula do poder, a metrópole) e maior a necessidade de “presentinhos” para azeitar a máquina estatal. Desta forma o cargo público passa a ser encarado como uma verdadeira *franchise* para lucros pessoais e, em vez de direito à prestação do serviço público, os cidadãos buscam favores do governo, seja em bases pessoais (relacionais), seja em regime de troca por outros favores.

A situação do Império continuou em parte semelhante, na medida em que a independência não se fez no Brasil junto com uma revolução burguesa liberal. A separação dos poderes do Estado não foi pensada e criada para permitir a independência de uns com relação aos outros, mas como racionalização da administração do regime escravocrata e de grandes latifúndios e o desenvolvimento econômico não permitiu que ao longo do século XIX

o Brasil conhecesse tudo o que se passava na França, na Inglaterra e em parte em outros países da Europa a respeito do alargamento do direito de voto, das revoluções populares etc.

A composição dos tribunais brasileiros, durante boa parte da história do Império e primeiros anos de República, é marcada por uma nobiliarquia judiciária voltada, como toda a vida jurisdicional jurídico-política do país, para a oligarquia latifundiária e exportadora. Nesse contexto, a justiça passa de pacificadora dos conflitos sociais à reprodutora da exclusão social.

Como bem salienta Faoro (1991, p. 737-748):

Ao longo dos séculos, o país transformou-se, novas tecnologias surgiram, o mundo mudou, mas o estamento burocrático se manteve imutável: "Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político - uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes - impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando". 'Deitou-se remendo de pano novo em vestido velho, vinho novo em odres velhos, sem que o vestido se rompesse nem o odre rebentasse'.

O que de fato não interessava ao estamento burocrático dominante era uma economia voltada à possibilidade de concepção da riqueza e do lucro promovida por outro agente que não fosse o estado patrimonialista estamental. O dano praticado naquela época e, que nos acompanha até o momento, representa, na verdade, a luta pela continuidade do estamento com medo do capitalismo capaz de lhe tirar os favores e benesses e, resta sempre encoberto pela capa da atividade e beneplácito do Estado pai de todos, passando à população a idéia de desamparo frente a um capital avassalador e pronto a tudo lhe tirar, como se ela detivesse alguma coisa, além de promessas.

Obviamente que esta "herança cultural" é marcada por uma forte natureza burocrática presente em todo o ordenamento jurídico e, especialmente, no Processo Civil. Embora necessária, a burocracia acaba por obstacularizar o processo através de seus inesgotáveis reconhecimentos de firma, autenticações de documentos, comprovações de

pagamentos de custas e depósitos recursais, os intermináveis recursos, os famosos carimbos “em branco” e tantas outras inutilidades que impedem a efetividade da justiça.

Imprescindível notar que, na maioria dos casos, a forma é necessária e a uniformidade de atos viabiliza o debate processual. Entretanto, quando a forma passa encontrar razão em si mesma, deixando de ser instrumento, mas finalidade do processo, alcança-se o formalismo extremado, manifesto inimigo da justiça.

Nesse sentido, a burocracia acaba por tornar-se pejorativa, distante de ser uma forma de organização humana baseada na racionalidade. Representa, muitas vezes, um entrave à efetividade processual e, ao invés de garantir eficiência nos atos realizados, acaba por se tornar um “mal necessário”.

CAPÍTULO 3 - ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

3.1 Acesso e Efetividade

Por acesso à justiça entendia-se, até recentemente, o acesso aos tribunais. Cappelletti, Garth (2002, p. 8), em sua obra acesso à justiça, deixa claro a dificuldade em delimitar o assunto, bem como sua definição:

A expressão “acesso à Justiça”, é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico_ o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos: segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Uma Constituição cujo preâmbulo abriga a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos e elege a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que se pretende fraterna e pluralista, não poderia também deixar de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Todas as Constituições Brasileiras enunciaram o princípio da garantia da via judiciária. Não como mera gratuidade universal no acesso aos tribunais, tão cara aos ideais românticos do individualismo liberal e que, por toda a parte, se tem, em absoluto, por utópica, mas a garantia, essa sim universal, de que a via judiciária estaria franqueada para defesa de todo e qualquer direito, tanto contra particulares, como contra poderes públicos, independentemente das capacidades econômicas de cada um.

Essa concepção, embora ainda dominante, já não satisfaz. Pode parecer ilusória a garantia do acesso ao Judiciário, quando tantos os obstáculos que se antepõem ao foro, ao efetivo pleito dos direitos vulnerados.

Parece mais nítida a feição de mera formalidade desse direito, contraposta à dimensão dos óbices postos à consecução da justiça. São tamanhas as dificuldades enfrentadas para a obtenção da prestação jurisdicional, que poucos – no Brasil – a conseguem. São os privilegiados com a solução oportuna e definitiva da lide.

Esses privilégios podem apresentar várias facetas. Virem sob o disfarce de um procedimento especial ou sob a defensoria elaborada por um grande escritório de advocacia ou mesmo privilégios concedidos em virtude de uma posição social mais elevada.

De qualquer forma, não há como negar que a aplicação da justiça se faz de maneira disforme e comprometida com o poder.

Nação que conseguiu em poucas décadas multiplicar a legião dos excluídos, hoje contados aos milhões, que ostenta quadro dos mais cruéis do universo na distribuição de sua renda, que assiste à impunidade dos fortes, ao genocídio das etnias e ao medo crescente da violência, é modelo singular para a presente reflexão.

O Judiciário vê-se acusado de atender a uma faixa cada vez mais estrita da comunidade. Os despossuídos encontram suas portas cerradas. Os poderosos não se curvam à lentidão dos processos convencionais quando autores. Entretanto, quando réus, apostam na lentidão folclórica do Judiciário. O povo desacredita de sua justiça.

No Brasil o tema tem merecido grande destaque e preocupação constante dos estudiosos do Direito. O tempo processual é motivo de preocupação não só para os operadores do Direito, mas, também, para a doutrina. Um dos grandes doutrinadores do Brasil, e que enfrentou o problema propondo mecanismos capazes de amenizar a questão da demora processual, é o processualista Luiz Guilherme Marinoni.

Autor de várias obras sobre o tema, Marinoni trouxe para o Direito Brasileiro mecanismo como o da tutela antecipatória, capaz de equalizar o tempo processual.

O indivíduo que trabalha com o Direito tem a obrigação de trazer a instrumentalidade para o processo, visando sua efetividade e tentando propiciar às partes uma aplicação justa do tempo na resolução dos conflitos.

A demora processual em nada beneficia a sociedade. Esta se mostra cada vez mais arredia à resolução dos conflitos perante o Judiciário, optando por deixar os conflitos contidos ou procurar a ajuda de um poder que, aos poucos, forma um novo Estado, o poder do tráfico organizado.

Esta situação gera um clima de desconfiança do povo em relação ao Judiciário e deixa evidente o aumento da desigualdade entre as classes. Nesse sentido, a colaboração de Damatta (1997, p. 238): “[...] o uso do ‘jeitinho’ e do ‘sabe com quem está falando’ acaba por engendrar um fenômeno muito conhecido e generalizado entre nós: a total desconfiança em relação a regras e decretos universalizantes”.

Watanabe (1988, p. 128-135), ao se referir ao acesso à justiça, utiliza-se da expressão “acesso à ordem jurídica justa”. Acesso à justiça deve significar o acesso a um processo justo, o acesso ao devido processo legal, a garantia de acesso a uma justiça imparcial; a uma justiça igual, contraditória, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: deve significar acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação da gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável. Responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma

necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra, e ser escutado.

É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins.

Atualmente os obstáculos sócio-econômicos já foram identificados e algumas soluções já foram apresentadas para tornar o processo mais célere. Entretanto, novos obstáculos surgem e, agora, de ordem procedimental. O caminho deve ser trilhado no sentido de como criar substratos que permitam ao juiz viabilizar o acesso à justiça. E não há como enfrentar esta questão se não olharmos para o acesso à justiça como um direito fundamental de ação.

A cada época os problemas da humanidade se mostram mais complexos, assim como ela mesma. Entretanto, não são problemas novos. Apenas são vistos sob óticas diferentes. Na verdade, vivemos em ciclos civilizatórios e, praticamente, vivemos no mesmo ciclo desde o século VII a.C.. Os problemas fundamentais continuam. O que muda é que, assim como a sociedade, eles se tornam cada vez mais complexos.

Ao voltarmos o olhar para os séculos dezoito e dezenove, veremos que os procedimentos utilizados para a solução dos litígios refletiam a realidade social da época: um Direito burguês e essencialmente individualista dos direitos.

O direito de acesso à justiça¹⁶ era apenas formal. Compreendia apenas o direito do indivíduo agravado propor ou contestar uma ação. O acesso à justiça não era um direito fundamental e, sim, um direito natural e, como tal, não precisava da proteção estatal.

¹⁶ A expressão *acesso à justiça* é fruto da processualística moderna e, portanto, não é possível imputar-lhe o mesmo significado que lhe é atribuído hoje. Entretanto, possível identificá-la como efetividade da justiça.

Como direito natural ele era tido como anterior ao Estado e, este, tinha apenas o dever de preservá-lo, mantendo-se passivo no que tangia à relação processual. Assim, competia a cada indivíduo reconhecer seus direitos e defendê-los.

Nesse sentido, a justiça era acessível aquele que podia pagar pelo seu alto custo. Se haviam diferenças sociais que dificultavam a aplicação da justiça aos pobres, não era problema do Estado. O acesso formal era de todos, mas o efetivo de poucos. Na verdade, o direito à justiça era apenas reflexo da igualdade formal de que gozavam os indivíduos. Na prática, uma forma de exclusão.

Talvez o maior problema relacionado à aplicabilidade da justiça seja encará-la de forma divorciada da realidade do sistema judiciário. As soluções, na maioria das vezes, são apresentadas sobre um prisma teórico, pouco contribuindo para a satisfação das necessidades reais dos indivíduos.

O estudo jurídico se desenvolve num aspecto formalista e dogmático, mantendo o Estado em uma posição cômoda em que, embora tenha proibido a autotutela e tomado em suas mãos a responsabilidade de uma prestação jurisdicional efetiva, continuou indiferente à realidade social.

Oportuna a observação de Silva (2004, p. 52) sobre o papel desempenhado pelas Universidades e a manutenção de um Direito formalista e racionalista que serve ao poder:

A Universidade é o instrumento de que se valem os interesses que gravitam em torno do poder para manter os juristas confinados no “mundo jurídico”. Ela representa, indiscutivelmente, o fator de represamento, a impedir as inovações que possam quebrar o compromisso paradigmático do sistema com o racionalismo, enquanto instrumento antidemocrático de sujeição do Direito ao Poder. A radical separação entre direito e política, está na base dessa ideologia.

Uma atuação positiva do Estado perante os direitos do cidadão só se nota mais adiante, quando o conceito de direitos humanos sofre uma transformação radical. A

efetividade e o acesso à justiça tornam-se, então, focos de discussões constantes entre os estudiosos do Direito, sendo encarados como requisitos fundamentais de um sistema jurídico moderno e igualitário, que visa não apenas garantir, mas efetivar os direitos dos indivíduos.

3.2. Obstáculos que dificultam o Acesso à Justiça

Os obstáculos que se afiguram quando se fala em acesso à justiça são muitos, tanto de ordem econômica, política, social quanto jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002)

Devido a essa gama de diversidades se torna mais fácil identificar os problemas que apresentar soluções efetivas a eles. O conceito de efetividade, embora muito usado, torna-se turvo diante da realidade fática.

Para falar em um direito efetivo, as pessoas deveriam estar em condições de igualdade; iniciarem o processo com a mesma disponibilidade de recursos financeiros e conhecimento sobre o que irá versar a demanda para que possam contratar com o profissional adequado.

Entretanto, não podemos ser tão utópicos assim. Os problemas que obstaculizam o acesso à justiça têm raízes anteriores ao sistema judiciário. Nasceram e tornam-se complexos dentro do sistema capitalista de produção que não permite a igualdade entre os indivíduos. Desta forma, o sistema judiciário apenas reproduz as desigualdades que se proliferam na sociedade.

3.2.1 Obstáculos Sociais e Econômicos

Antes de chegar ao Judiciário, o indivíduo pobre já se depara com sua própria incapacidade jurídica proporcionada por um sistema educacional deficitário que não informa, exclui. Às vezes, o indivíduo não sabe nem quais são seus direitos básicos, quanto mais reivindicá-los.

Num sistema capitalista como o nosso em que o mercado acirra a competitividade entre os indivíduos, os pobres já saem em desvantagens. Não é possível comparar a quantidade e qualidade de conhecimentos entre um indivíduo que frequenta a escola pública e aquele que frequenta uma instituição particular. Este último, além da formação, dispõe de informação, de acesso à várias línguas, livros bons que custam caro e sistema de rede.

Não que o pobre seja um coitado inútil. Mas as barreiras que terá que transpor são bem maiores que aquele que tem o privilégio de uma boa educação e se torna conhecedor de seus direitos.

Quando visto dessa forma, em meio a tantas desigualdades, a lei tem por obrigação proteger o mais necessitado, vez que esse não pode pagar para que alguém o faça. O Estado, na figura de protetor e guardião dos interesses sociais, teria que se munir no sentido de coibir o abuso dos indivíduos privilegiados frente à justiça. Com isso não se menciona privilegiar o pobre, isto feriria a isonomia entre as partes. O que se propaga é, justamente, a igualdade não só formal mas, antes de tudo, material entre as partes.

Aliada à falta de conhecimento, o menos favorecido encontra outras dificuldades. Os procedimentos forenses são complicados e formalistas; o linguajar muito distante daquele usado comumente no meio social, às vezes quase um enigma mesmo para aqueles que possuem um certo conhecimento; o próprio ambiente forense torna-se intimidativo para

pessoas mais humildes. Enfim, todas as formalidades que cercam o sistema judiciário fazem com que as pessoas fiquem receosas de procurá-lo.

Assim, quando o indivíduo supera todos esses obstáculos, depara-se com uma justiça cara e lenta.

Os efeitos da demora processual pode se apresentar mais lesivo que o próprio dano sofrido. Muitas vezes o indivíduo desiste da demanda ou aceita um acordo ridículo, muito inferior ao seu direito, por não poder suportar a delonga. E, como se não bastasse, o tempo no processo não é distribuído de forma igualitária. Fica a cargo do autor suportar o ônus processual e ficar a mercê dos inúmeros recursos protelatórios a favor do réu.

O indivíduo pobre é prejudicado também quando se fala em advogado. Geralmente os bons defensores são aqueles que possuem grandes escritórios, uma equipe especializada a sua disposição e são extremamente caros, inacessíveis ao pobre. Este tem o privilégio de ter a sua disposição a justiça gratuita que, de gratuita nada tem se sopesarmos a qualidade do serviço oferecido e o tempo que se arrasta um processo.

Marinoni (1995, p. 13) traduz em eficazes palavras a questão da efetividade:

Em um determinado momento o processualista acordou e observou que a Justiça Civil era elitista _ porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava de recorrer ao Poder Judiciário _ e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude da lentidão.

Verifica-se, também no Direito, a famosa pirâmide formada com a estratificação social. O Direito que, teoricamente serviria como instrumento garantidor da ordem jurídica

justa, mostra-se elitista ao apresentar procedimentos diferenciados à tutela dos interesses da classe dominante. Aos pobres, o processo ordinário, lento e ineficaz.¹⁷

3.2.2 Obstáculos Procedimentais

Neste momento político-social em que a democracia desponta como valor supremo, o toque diferencial do agente do Direito é saber manipular os procedimentos processuais, compreendê-los e aplicá-los em suas dimensões jurídicas, como instrumentos de atuação profissional, mormente em face das investidas nem sempre legítimas do Poder Público.

O Estado, ao avocar para si o monopólio da jurisdição e coibindo a autotutela, criou não só o poder, mas também o dever de prestar a tutela jurisdicional. Como conseqüência desta postura do Estado, ao indivíduo foi concedido, muito tardiamente, só após cinco de outubro de 1988, o direito de acionar a justiça toda vez que se sentisse ameaçado ou lesado em seus interesses, via o direito de ação.

Inicialmente, bastava para esse direito de ação, apenas a obtenção de uma sentença. Assim, o Estado era apenas um garantidor conferindo ao indivíduo uma sentença.

Entretanto, com a complexidade das sociedades, a própria posição do Estado precisou sofrer alterações para que pudesse atender às diversas demandas. Apenas garantir a sentença deixou de ser suficiente. O Estado necessita de amplitude em sua posição jurisdicional para, além de garantir, proclamar e efetivar os direitos. E esta postura só se firma

¹⁷ “[...] a Justiça não é para os pobres, nem os pobres são para os advogados. Essa é uma crise evidente e de alta periculosidade para a própria inteireza social, que pode ser atingida por uma pulverização libanizada de interesses, ou por um ‘apartheid’ social, conforme os analistas políticos. Nessa voragem os advogados desaparecem, melhor dizendo, a função social do advogado perde sua significação”. (AGUIAR, 1991, p. 20)

com uma prestação de tutela efetiva e tempestiva, corolário do Estado Democrático de Direito.

O jurisdicionado tem que encontrar no Estado a mesma efetividade que encontraria se a ele não fosse negado exercer a justiça com as próprias mãos. O acesso à justiça assume uma importância extremamente relevante na sociedade, uma vez que é visto como garantidor a todos os outros direitos. O direito a uma tutela efetiva, tempestiva e adequada está garantido pela Constituição Federal e cabe ao Estado efetivá-lo para que não se torne apenas um eloqüente discurso político, mas inócuo na realidade fática.¹⁸

Desta forma, não é suficiente a idéia de um acesso à justiça alheio à realidade material do processo. O processo tem que se adequar às situações concretas de forma que não termine em uma sentença vazia de sentido prático. E, nesse aspecto, importante se fazem as observações concernentes aos aspectos procedimentais adequados à prestação da tutela jurisdicional.

Como bem lembra Marinoni (2004, p. 31):

A doutrina processual civil e os operadores do direito estão obrigados a ler as normas infraconstitucionais à luz das garantias da justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa.

Assim, há necessidade de ver no Poder Judiciário, o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional e efetivar o direito fundamental à ação.

Pode-se, com isso, dizer que, em síntese, o direito fundamental à ação é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e justa, respeitando-se, no

¹⁸ Artigo 5º, inc. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

mais, os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa, motivação dos atos decisórios, juiz natural, entre outros). O direito de ação é, por assim dizer, em linhas generalíssimas, o direito de a pessoa ter *his day in Court*, na sugestiva denominação da Suprema Corte americana, embora não só isso.

Em sua acepção positiva, o direito à ação encontra guarida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo, portanto, corolário do princípio do amplo acesso ao Judiciário (inafastabilidade do controle jurisdicional).

O direito de ação não se limita mais ao aspecto formal, ao direito de ir a juízo. Ele abarca o direito do indivíduo de ter seu conflito resolvido com eficácia e tempestividade. São necessários meios que, além de garantirem o direito de ir a juízo, o direito a uma sentença justa, equilibrada, promovam procedimentos adequados à tutela de direitos.

E a tutela adequada só se confirma quando há mecanismos, procedimentos adequados à sua efetivação. Desta forma, o procedimento especial que serve à tutela de reintegração ou manutenção de posse, prevê a tutela antecipada. Há casos concretos que exigem uma sentença de cunho mandamental para que possa se apresentar satisfatória do direito pleiteado; outras, que precisam ser efetivadas por mandado de segurança e outras, ainda, que precisam de um caráter preventivo ou uma ordem de fazer ou não fazer.

Entretanto, algumas normas procedimentais sendo novas, inibem a aplicação por parte do juiz. Isto porque, além do conhecimento, requerem audácia e capacidade de sopesar situações conflitantes para aplicar as medidas ao caso concreto.

Nesse sentido, a necessidade de se atentar para os princípios constitucionais que possibilitam ao juiz amparo legal para tomar suas decisões, aplicando a lei de forma justa e equânime, sem privilegiar a pessoa e, sim, a justiça.

3.3 Acesso à Justiça e o Princípio da Proporcionalidade

Toda sociedade é regida por determinados valores que constituem os postulados originários e primários do agrupamento coletivo. Para que exista uma sociedade, é fundamental uma comunhão mínima de valores que propiciem as diretrizes que apontem qual a melhor maneira de solucionar seus conflitos. O Direito, em seu propósito de realizar a justiça, buscará operacionalizar esses valores. A partir daí, surge o ordenamento jurídico como um conjunto de normas que expressam os valores de uma sociedade.

Nas palavras do professor Mello (1996, p. 545-546):

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os princípios jurídicos representam os valores materiais que a sociedade elegeu à justiça, nos mostram como alcançá-los. Dworkin (1989, p. 72) os define como um “Standard” que há de ser observado por ser uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade. Constituem as proposições primárias do direito, estão vinculados àqueles valores fundantes da sociedade, que exprimem o que foi por ela eleito como sendo o justo.

No mesmo sentido escreve Sundfeld (1992, p. 140):

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de por em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas.

Por isso, conhecer os princípios do direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente. Aquele que só conhece as regras ignora a parcela mais importante do direito - justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o direito pela metade.

Os princípios constitucionais traduzem os direitos do homem e os grandes princípios de justiça. Eles impõem ao legislador, à jurisprudência, à administração e aos particulares, a interpretação do Direito de acordo com os valores por eles espelhados.

Em virtude de sua generalidade e caráter *prima facie*, os princípios obrigam a adequação das normas secundárias e das condutas aos valores que incorporam. As regras jurídicas estabelecem o dever ser, ou seja, regulam especificamente o comportamento e a conduta social, nos dizem como devemos agir em determinadas situações específicas, previstas por estas regras.

Já os princípios estabelecem direções em que deveriam situar-se as normas. Assim, cabe aos princípios, enquanto proposições fundamentais, orientar concretamente o direito, qualificando as normas dentro de determinados padrões axiológicos.

Moreira Neto (2002, p. 74) traz a seguinte afirmação:

Daí definir-se, sinteticamente, o 'princípio jurídico' como 'norma indicativa', uma vez que sua principal finalidade é apenas a de indicar um valor ou um fim, que devam ser genericamente alcançados, não importa em que grau satisfativo, por todas as 'leis' (preceitos ou regras jurídicos), normas concretamente preceptivas, que dele derivem.

Resulta nítida dessa conceituação a importância estruturante dos princípios, uma vez que a infraestrutura de 'normas preceptivas' se articula polivalentemente com uma superestrutura de 'normas principiológicas', que lhes conferem sentido 'valorativo' e "finalístico", e lhes dão toda coerência sistêmica necessária para aplicá-las harmonicamente.

As regras e os princípios são caracterizados dentro do conceito de norma jurídica. A distinção entre um e outro é uma distinção entre dois tipos de normas. Ambos dizem o que deve ser, ainda que tenham por base razões muito diferentes.

A principal diferença entre regras e princípios é que, os princípios, impõem a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Fazendo uso de uma expressão de Alexi (1993), os princípios são *mandados de otimização*, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas. Os princípios e regras opostos é que irão determinar o âmbito das possibilidades jurídicas. Já as regras somente podem ou não serem cumpridas, contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que ela exige.

Assim podemos constatar que não poderemos falar em acesso à justiça sem tratarmos, de forma geral, dos princípios, das regras, a forma de resolução de seus conflitos e da aplicação dos princípios da ponderação e da proporcionalidade. Isto porque, o acesso à justiça, sendo um princípio constitucional, está intrinsecamente ligado a problemas conflitantes que exigem soluções rápidas, porém, sem afetar os direitos fundamentais.

3.3.1 A Colisão de Regras e Princípios

As colisões entre princípios são solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando um princípio entra em colisão com o outro, significa que um deles deverá ceder ao outro, ou seja, frente a determinadas circunstâncias um dos princípios irá preceder ao outro. O que não

significa que um deles será declarado inválido ou que se introduzirá uma cláusula de exceção mas, simplesmente que, frente a determinadas circunstancias, aplicar-se-á um princípio, quando forem outras as condições será outro o princípio a ser aplicado. O conflito entre regras ocorre na dimensão da validez; a colisão entre princípios se dá na dimensão do peso, uma vez que só podem entrar em colisão princípios válidos.

Os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Um determinado princípio pode valer para um caso concreto, frente a determinadas circunstâncias e para outro caso não. Quando um princípio não prevalecer para um determinado caso, não significa que não pertença ao sistema jurídico, porque num outro caso, quando inexistirem tais considerações contrárias, ou quando estas não tiverem o mesmo peso, este princípio poderá ser decisivo.

Caso totalmente distinto é o das regras, que contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação somente não será aplicada quando se verificar impossibilidades jurídicas ou fáticas, que podem conduzir à sua invalidez. Se não ocorrer tal caso, aplica-se exatamente o que diz a regra.

Neste sentido, nos esclarece Alexi (1993, p. 99):¹⁹

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo há de resolverse la relación entre una razón

¹⁹ “Os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não contêm mandados definitivos senão somente *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser substituídas por outras razões opostas. O princípio não determina como se resolverá a relação entre uma razão e seu oposto. Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fáticas.

[...]

Totalmente diferente é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir para sua invalidez; mas, se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz.”

y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación com respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

[...]

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.

Para se aplicar os princípios jurídicos a um caso concreto, é necessário fazer uma ponderação dos interesses em jogo. Devem ser analisados os valores que cada princípio representa, as condicionantes de fato que lhe permeiam e buscar a solução através da ponderação realizada pelo intérprete. Em virtude de que os princípios não nos fornecem respostas prontas, a responsabilidade dos juristas frente à concretização da justiça vê-se ampliada, pois se valoriza o seu potencial argumentativo.

3.3.2 A Lei de Colisão

Usando a definição de Alexi (1993, p. 94), lei de colisão é: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.²⁰

A Lei de Colisão reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização entre os quais, primeiro não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são qualificáveis.

Fica claro que não se pode falar em colisão senão em um campo de conflitos, de tensão e, falando em direitos fundamentais, não há como não aparecer situações conflitantes

²⁰ “As condições sobre as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.”

pois, quase sempre, aparecerá um direito restringindo o outro para que se faça justiça; é um direito limitando a possibilidade jurídica de cumprimento do outro.

Desta forma, a solução da colisão de princípios consiste em, dadas as circunstâncias do caso, se estabelecer entre os princípios uma relação de *precedência condicionada*. Isto quer dizer que, concretamente, se indicam as condições sobre as quais um princípio precede o outro. Conforme as condições, a questão da precedência poderá ser solucionada inversamente.

3.3.3 O Princípio da Proporcionalidade

A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade se encontram intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa.

Sua origem remonta aos séculos XII e XVIII quando, na Inglaterra, surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Pode-se afirmar que é durante a passagem do Estado Absolutista - em que o governante tem poderes ilimitados - para o Estado de Direito, que pela primeira vez emprega-se o princípio da proporcionalidade, visando a limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos. (BARROS, 1996, p. 34 ss)

O princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do Direito de polícia e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

A inserção deste princípio no campo constitucional, por sua vez, deveu-se às revoluções burguesas do século XVIII, norteadas pela doutrina iluminista principalmente no que concernia à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade.

No sistema jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, nas fontes alemães. O artigo 18 da Constituição portuguesa de 1976 apresenta as limitações a serem seguidas pelos funcionários públicos no exercício de suas funções, explicitando-se a vinculação de todas as entidades públicas e privadas no respeito aos direitos fundamentais e o critério da necessidade como parâmetro inafastável na formulação e aplicação de leis que restrinjam direitos e garantias constitucionais, delineando indubitavelmente, ainda que de forma implícita, os requisitos essenciais do princípio da proporcionalidade.

No que tange ao respeito aos direitos fundamentais no Brasil, nossos constituintes seguiram exemplo austríaco ao adotar o controle concentrado da constitucionalidade das leis para reprimir eventuais abusos de poder por parte de nossos legisladores.

O princípio em estudo apresenta-se como uma das idéias fundantes da Constituição, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (artigo 5º, II). Esta afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental.

Uma vez que o princípio da legalidade tem como um de seus aspectos complementares e essenciais a sua efetiva observação o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV), mister é notar que este se aplica a qualquer ato

praticado pelo poder público que seja considerado por aquele a quem prejudica como desproporcional ao objetivo almejado.

Conectam-se também ao princípio ora abordado, regendo sua aplicação, o princípio republicano (artigo 1º, *caput*), o princípio da cidadania (artigo 1º, II) e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Os direitos e garantias individuais que deles decorrem (artigo 5º) representam formas para o particular se defender sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão de algum direito por abuso de poder ou ilegalidade praticados por agentes públicos. Os institutos do *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII), *mandado de segurança* (artigo 5º, LXIX), *habeas data* (artigo 5º, LXII), assim como o *direito de petição* (artigo 5º, XXXIV, *a*), constituem subsídios de proteção do cidadão face ao poder público.

O princípio da proporcionalidade, na sua formulação mais geral, em que requer ou exige apenas uma relação adequada entre meio e fim e que o dano que sobrevenha não esteja sem relação com o risco que deveria ser afastado, aparece como um princípio aberto, porque nestes casos não é indispensável uma avaliação adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão da idéia da justa medida, do equilíbrio, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça.²¹

Neste sentido, a lição de Canotilho (1999, p. 265):

[...] o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <<medida>> ou <<desmedida>> para se alcançar um fim: pesar as vantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Nas palavras de Alexi (1993, p. 112):

La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización com respecto a las posibilidades

²¹ Assim, “O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. [...]. Decorre da natureza dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação”. (STUMM, 1995, p. 81)

jurídicas. Si una norma de derecho fundamental com carácter de principio entra en colisión com un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderação en el sentido de la ley de colisión. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.²²

Tem-se, então, o princípio da proporcionalidade como um mega princípio, necessário para que o sistema não se desintegre. Uma vez colididos dois princípios, ele arbitra a colisão entre os dois valores.

O princípio da proporcionalidade é aplicado através do processo de ponderação.

Alexi (1993, p. 159) ressalta a importância da ponderação nas decisões:

[...] una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente. De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos.²³

Assim, fica estabelecida a lei da ponderação, Alexi (1993, p. 161): “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro”.²⁴

Em conformidade com a lei da ponderação, a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro.

²² “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, vale dizer, o mandado de ponderação, se segue da relativização com respeito às possibilidades jurídicas. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra numa colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica de relação de uma norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Para chegar a uma decisão, é necessário uma ponderação em sentido da lei de colisão. Como a aplicação de princípios válidos, quando são aplicados, esta ordenada como será a aplicação em caso de colisão se se requer a ponderação, é caráter de princípio das normas jusfundamentais implica que quando entram em colisão com princípios opostos, está ordenada uma ponderação. Porque isto significa que a máxima da ponderabilidade em sentido estrito é deduzível de caráter de princípio das normas de direito fundamental.”

²³ [...] uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente. Desta maneira, o problema da racionalidade e da ponderação conduzem à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre os valores ou princípios opostos.”

²⁴ “ Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”

Deixa claramente manifesto que o peso dos princípios não é determinável em si mesmo em absoluto mas, sempre, relativo.

Para se aplicar a lei da ponderação, em suma, é necessário que se reflita sobre três questões:

1- Adequação: Essa lei é adequada, atinge os objetivos que se propõe?

2- Necessidade: Ela é absolutamente necessária ou existem outras medidas que lesem menos o direito oposto?

3- Ponderação em sentido estrito senso: Depois de respondidas as duas questões anteriores e aplicação da lei for absolutamente necessária, fazer um balanceamento dos valores envolvidos.

Para Alexi, é necessário que haja um cálculo que traga um bem tão grande que compense a restrição do outro lado. A lei da ponderação mostra-se como uma forma de harmonização do direito.

Em suma, a lei da ponderação não pode ser entendida como um procedimento abstrato e geral. Seu resultado é um enunciado de preferência condicionado que, de acordo com a lei de colisão, surge de uma regra diferenciada de decisão. Sua aplicação não quer dizer que seja solução para todos os casos. Mas o modelo de ponderação como um todo proporciona uma ligação muito estreita com a teoria da argumentação jurídica racional, tornando a decisão senão totalmente justa, a mais próxima da justiça.

Temos que ter com clareza os ensinamentos de Alexi que diz que toda vez que estiverem presentes os direitos fundamentais, haverá a colisão de conflitos. A situação por si só é conflitante.

No conflito, se um dos direitos não é de natureza fundamental, deve-se dar prevalência ao que é, especialmente aquele que melhor garantir a dignidade humana, em virtude do princípio da máxima efetivação dos direitos humanos.

Todavia, se há conflitos entre direitos fundamentais, há de se buscar a harmonização desses preceitos quando da análise da tutela antecipada, observando-se sempre a questão da efetividade. Dentre as regras de solução dos conflitos fundamentais sobrepõe-se o princípio da proporcionalidade que tem o objetivo de preservar os direitos fundamentais.

Inexistindo regra de solução de conflito no campo normativo, entre direitos fundamentais conflitantes, a solução do caso encontra guarida na devida ponderação dos direitos ou bens jurídicos em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na situação fática, o que importa em necessária limitação de um direito em benefício de outro.

Enfim, uma vez que há a necessidade da prestação da tutela para que o direito não pereça ou se torne inócuo arrastando-se nos tribunais, que a tutela antecipada é uma forma de tornar efetivo esse acesso e que, geralmente conflitam direitos fundamentais quando de sua decisão, cabe ao magistrado aplicar o princípio da proporcionalidade e a lei da ponderação, harmonizando os direitos envolvidos de forma a solucionar o conflito da forma menos gravosa a ambos.

Embora, quando há uma colisão entre princípios, mesmo harmonizando, um prevalecerá sobre o outro, somente a ponderação de quem julga é capaz de amenizar os danos a ambas as partes e tornar a decisão equilibrada, justa e efetiva.

O princípio da proporcionalidade possibilita ao juiz a aplicação da tutela antecipada de forma racional, equaliza situações colidentes e conflitantes, torna o processo mais justo e efetivo, prestando uma tutela jurisdicional tempestiva e de qualidade, propiciando o acesso à justiça de forma mais ampla e igualitária.

3.4 O Acesso à Justiça e o Princípio da Igualdade

No período dos Estados liberais, o acesso à justiça significava apenas o acesso formal do indivíduo para propor ou contestar uma ação. E, mesmo assim, era um luxo que poucos podiam se dar visto os custos da litigiosidade. O processo era possível, mas não efetivo, marginalizando grande parte da população. Ao mesmo tempo que dispunha o serviço à população, o Judiciário o limitava pois só tinha condições de acessá-lo aquele que podia suportar o tempo e o ônus processual.

Hoje tal conceito tem que ser entendido como o direito a uma tutela jurisdicional, adequada, tempestiva, positiva e efetiva. A simples garantia de acesso aos tribunais torna-se insuficiente. É preciso possibilitar aos cidadãos a defesa de seus direitos e interesses legalmente protegidos através da prestação da tutela jurisdicional justa.

Nesse sentido, manifesta-se Canotilho (1999, p. 405-406):

[...] o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e causas e outras.

Isto significa que o direito à tutela jurisdicional só se efetiva perante um processo jurisdicional equitativo. Entretanto, esse processo equitativo, justo, envolve não apenas os agentes do direito, os princípios de justiça, mas começa desde a criação normativo-legislativa. Os objetivos da exigência de um processo justo não poderiam ser alcançados e, sequer traçados, se o legislador não pudesse ser livre e, voluntariamente, converter qualquer processo em processo justo, equitativo.

Todavia, esta finalidade pacificadora somente alcançará legitimidade se os indivíduos tiverem a sua disposição os instrumentos idôneos para reivindicar seus direitos e obter uma solução justa aos litígios submetidos à apreciação de uma instância imparcial, que na presente organização política, se consubstancia no Poder Judiciário.

A realização desses fins perpassa, obrigatoriamente, pela efetividade do provimento a ser obtido por aquele que deduz uma pretensão em juízo, consubstanciando-se no “acesso à justiça”, expressão entendida no sentido mais amplo da admissibilidade do processo.

Ao homem foi dada inteligência para que pudesse lutar pelos seus ideais e conquistar espaço no mundo em que vive. Entretanto, embora todos sejam iguais constitucionalmente falando, não o são materialmente falando. Por mais que alguns lutem, jamais poderão alcançar alguns privilégios próprios da reduzida classe dominante. Isto porque o sistema prende o indivíduo em suas malhas tornando-o escravo de sua própria liberdade.

Nesse sentido, Silva (2004, p. 297):

Este é um dos tantos paradoxos do mundo contemporâneo. O homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema. Como disse Immanuel Wallerstein, estamos sem saída dentro da estrutura do sistema histórico existente, embora possamos desfrutar da sensação de liberdade, na mais absoluta plenitude. Liberdade para concordar, pela inocuidade das divergências, ou do próprio questionamento do sistema.

Desta feita, embora o Estado conceda uma série de direitos e garantias que traduzem a tão sonhada liberdade de escolha, ao mesmo tempo ele as limita impondo suas regras, tornando o indivíduo submisso a sua vontade.

E o ordenamento jurídico não se furta a esta sorte. Submete-se ao poderoso braço do Estado, aplicando as leis que são elaboradas por homens iluminados, capazes de traduzir em um simples texto, as necessidades de toda uma sociedade.

Contudo, não é possível a aceitação de um Judiciário submisso, dependente da lei que o Estado, na pessoa do legislador, elabora. E, se assim se manifestar, cabe ao juiz torná-la justa, efetiva e tempestiva. A tutela jurisdicional tem que ser ampla no sentido de aplicar a lei de forma justa e eqüitativa.

O direito fundamental à efetividade do processo - que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à “ordem jurídica justa”²⁵ - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e, principalmente, o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

O Estado, ao avocar para si a responsabilidade de prestar a tutela jurisdicional coibiu o exercício do direito pelas próprias mãos do interessado, assumindo, assim, o compromisso de tratar os litigantes de forma isonômica e de tutelar efetivamente o direito.

Igualmente jurídica, porque, naturalmente, os homens são desiguais. Assim, o princípio da isonomia ou igualdade não afirma que todos os homens são iguais no intelecto, na capacidade de trabalho ou na condição econômica. O que ele quer realmente expressar é a igualdade de tratamento perante a lei, devendo o aplicador desta levar em consideração o pensamento de Aristóteles, de que méritos iguais devem ser tratados igualmente, mas situações desiguais devem ser tratadas desigualmente.

Os antigos gregos empregavam três expressões bem definidas para delimitar o status individual: isonomia, isegoria e isotimia. Isonomia era, como visto, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou poder econômico. Isegoria, de isos = igual, e agos = orador, significa a liberdade de expressar opiniões nas assembléias. Isotimia, de isos = igualdade, e timos = riqueza, indicava o direito de todos ao acesso às funções públicas, abolindo-se os títulos e privilégios hereditários, fundados, quase sempre, na riqueza. A

²⁵ Expressão usada por Kazuo Watanabe no livro *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, in participação e processo.

Constituição Federal brasileira observa o princípio da isonomia em vários dispositivos: arts. 5º, caput, e I, VIII, XXXVII e XLII, e 7º, XXX, XXXI e XXXIV e a CLT: arts. 3º, 5º e 8º.

Assim como internamente, externamente também encontramos o princípio da igualdade ou isonomia presente nos acordos, cartas e tratados assinados pelos países. Na verdade, não dá para falar em efetividade processual, em direitos humanos senão levarmos em consideração a questão crucial da igualdade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem abre-se com a proclamação dos três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.²⁶ Já no preâmbulo, a Declaração traz os seguintes termos em seu bojo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”.

Mais adiante, no artigo 1º do mesmo diploma, relata: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Os princípios formam, na verdade, uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais (as simples regras de direito) por um conjunto de características próprias, a saber: a) maior amplitude de seu campo de incidência; b) maior força jurídica; c) permanência em vigor em caso de conflito normativo.

O princípio da isonomia cobre todo o sistema jurídico, nacional e internacional; no sistema do Direito interno, ele vigora em todos os ramos, quer do Direito Público, quer do Direito Privado.

²⁶ Oportuno lembrar que, embora estas palavras possuam um sentido muito bonito, foram usadas pela burguesia para ludibriar o povo que, na esperança de uma sociedade próspera, livre e igualitária tornou-se prisioneiro dos interesses burgueses. Segundo Huberman (1986, p. 151), “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” foi uma frase gritada por todos os revolucionários, mas que coube principalmente à burguesia desfrutar”.

A força normativa dos princípios é muito maior que a das simples regras de Direito, porque estas vigem na exata medida em que não colidem com aqueles. A função própria dos princípios consiste, justamente, em dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas e gerando novas regras em caso de lacunas.

O princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II da referida Declaração. O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas.

Como consequência dessa igualdade de essência, o artigo VII reafirma a regra fundamental da isonomia, proclamada desde as revoluções americana e francesa do século XVIII.

Como é possível observar, sejam princípios, sejam leis, todos devem ser tratados de forma igual, desigualando apenas para igualar. Isto quer dizer que, nenhum país, por mais poder que tenha, deve ser tratado com privilégios na hora de ser julgado pelos atos praticados em nome de sua soberania.

3.5 O Acesso à Justiça e o Princípio da Celeridade Processual

Entrou em vigor no dia 31 de dezembro de 2004 a Emenda Constitucional nº 45, a qual produziu profundas e diversificadas alterações na Carta Constitucional de 1988. Dentre

as alterações mais significativas afigura-se a do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal que acrescentou ao rol dos direitos e garantias fundamentais o princípio da celeridade processual.

O texto constitucional alterado veio da seguinte forma:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A despeito de já se encontrar consagrado em diversas normas infraconstitucionais, embora pontualmente (Lei nº 9.099/95, Lei nº 10.259/01, v.g.), bem como pela doutrina pátria, o fato é que inexistia, até então, previsão expressa que o consagrasse, a nível constitucional.

A Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe, no particular, inegável avanço ao inserir, de forma expressa no rol pétreo dos direitos e garantias fundamentais, tal direito público subjetivo que, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental essencial, eis que o processo é instrumento que viabiliza o exercício dos demais direitos.

Tal cláusula constitucional assecuratória da celeridade processual é, doravante, intangível e insuscetível de modificação, constituindo-se evidentemente em cláusula pétreia, protegida, por conseguinte, pelo artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República de 1988.

Embora a inclusão do princípio da celeridade processual em nível constitucional tenha significado a concretização de um desejo da comunidade jurídica, se o Estado levasse a sério a responsabilidade da prestação efetiva da tutela jurisdicional, isto não se faria necessário. De uma forma ou de outra tal princípio já está intrínseco tanto constitucional

quanto processualmente, não havendo a necessidade de distender ainda mais a carta constitucional.

Em outras palavras, o Código de Processo Civil exibia o princípio da celeridade nos seguintes termos:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
II - velar pela rápida solução do litígio.

Buscando a simplificação dos atos processuais e a redução dos prazos incidentes, o procedimento sumário também foi criado visando atingir a celeridade processual. Aliás, a inefetividade processual tornou-se um problema tão grande que se pode dizer que é o grande mal jurídico da contemporaneidade.

Não apenas no Processo Civil está presente o princípio da celeridade processual. Aparece também no Processo Penal em disposições que impõem aos membros do Ministério Público e funcionários, pelo retardamento nos atos que devam praticar.

O princípio da celeridade atingiu sua plenitude com o instituto da tutela antecipada, (art. 273 do CPC), ações de cunho mandamental (mandado de segurança, Lei nº 1.533/51 e Lei nº 4.348/64, Hábeas Corpus).

No Direito do Trabalho tal princípio vem consagrado na Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei nº 5.452/43, que prescreve:

Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Carrion (2002, p. 557), abordando o tema celeridade processual diz:

É princípio almejado do processo em geral, previsto na CLT (art. 765) e no CPC (art. 125, II). Batalha a define como uma das variantes do princípio da economia processual, juntamente com a concentração, eventualidade e saneamento, exigindo prazos exíguos e improrrogáveis (*Tratado cit.*). A referência à celeridade processual seria cômica, se não fosse trágica; a realidade mostra o substantivo oposto, a parcimônia processual.

Visando o princípio da celeridade foi criado pela Lei 9099/95 os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Tal lei visa concretizar o dispositivo constitucional contido no artigo 98, I, da Constituição Federal, instituindo referidos órgãos jurisdicionais, os parâmetros para o processo e julgamento das causas de sua competência. Posteriormente, a Lei nº 10.259/01 veio a instituir os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

Nesse sentido, pode-se dizer que a lei 9099/95 inovou, consagrando expressamente o princípio da celeridade processual:

Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Os Juizados Especiais permitiram, ao menos em tese, a agilização dos processos e, também, o acesso das pessoas ao Judiciário. Por ser um procedimento de rito célere e favorecendo as pequenas causas, inclusive com atendimento ao público com horários condizentes com o cotidiano do trabalhador, as pessoas mais simples passaram a procurar o Judiciário mais frequentemente, sentindo-se menos prejudicadas com a atuação da justiça.

Portanto, como se observa, embora não expressamente na Constituição, em outros institutos já estava presente o princípio da celeridade processual. Praticamente nada vai mudar em termos de efetividade apenas acrescentá-lo como mais um princípio de garantia e direitos

constitucionais se não forem criados mecanismos que permitam a aplicação desses princípios. Será apenas mais um dispositivo para ser elencado pelos advogados na inicial.

A luta pela efetividade processual é constante. Muitos autores de renome vislumbram a necessidade de materializar o direito subjetivo do indivíduo e fazer do processo um meio razoável de devolver ao autor, em tempo hábil, aquilo que foi lesado ou retirado pelo réu de seu patrimônio. A demora processual faz com que a decisão prolatada sirva para instruir, quase sempre, uma execução falida.

Na verdade o princípio da celeridade processual, assim como tantos outros, serve como instrumento de defesa dos direitos e não como instrumento processual capaz de efetivar os direitos. A justiça tardia, intempestiva, pode configurar uma negativa da prestação jurisdicional, vez que inviabiliza a concretização do direito material do autor.

CAPÍTULO 4 - O ACESSO À JUSTIÇA NO PANORAMA INTERNACIONAL

No plano internacional, talvez nunca houve preocupação tão manifesta em relação à proteção aos direitos humanos quanto agora, fruto das atrocidades e desumanidades cometidas em nome da preservação da soberania dos Estados. As mudanças ocorridas no mundo talvez estejam conduzindo os Estados em direção a uma maior sensibilidade social.

Neste sentido, o tema acesso à justiça não poderia deixar de ser tratado também no âmbito internacional, vez que se trata de um direito básico do homem. Ao falar sobre a importância do acesso à justiça, Cappelletti e Garth (2002, p. 12-13) expõem:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental o mais básico dos direitos do humano_ de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

[...]

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Diante de tal relevância, não há como não focar uma visão internacional sobre o tema, já que o (in) acesso à justiça não é um problema pertinente apenas ao Brasil.

Um grande passo com relação à justiça mais efetiva no âmbito internacional, foi a criação do Conselho da Europa, que surgiu como mais uma consequência das Guerras Mundiais, com o objetivo de promover uma maior unidade entre seus membros, para os fins de salvaguardar e realizar os ideais e princípios que são a sua herança comum, e de facilitar o progresso econômico e social (art. 1º do Estatuto do Conselho da Europa, assinado em Londres, em 5/5/1949).

Com a constituição da nova Corte Européia de Direitos Humanos (que substituiu as antigas Corte e Comissão européias) pelo Protocolo nº 11 (de 1994) de Reformas à Convenção Européia de Direitos Humanos (em vigor desde 1/11/1998), o acesso direto (*jus standi*) passou a ser outorgado a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição dos Estados-partes.

No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu um passo de grande transcendência com a entrada em vigor, no dia 1º de junho de 2001, de seu novo Regulamento (adotado em 24/11/2000), que assegurou a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento (Art. 23º), em denúncias - a ela enviadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁷

Nas palavras de Trindade (2004):

Trata-se - como me permiti assinalar aos chanceleres dos estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em minha intervenção na Assembléia Geral da OEA em 4 de junho último - de ponto culminante de um longo processo histórico de gradual emancipação do ser humano vis-à-vis o próprio Estado. Como não é razoável conceber direitos sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los, essa evolução se consolidará no dia em que se adotar - como venho sustentando há anos - um Protocolo à Convenção Americana outorgando acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana (passando, assim, do *locus standi* ao *jus standi*). Mas já com o novo Regulamento do Tribunal, os indivíduos demandantes passam a desfrutar de igualdade processual com os estados demandados.

Os princípios da Carta da OEA²⁸ remontam interesses de cooperação regional que data do séc. XIX,²⁹ mas foram as iniciativas do séc. XX que promoveram a organização

²⁷ No regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podemos identificar o acesso da pessoa à Corte nos artigos: Art. 10.a “a expressão “denunciante original” significa a pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental que tenha apresentado a denúncia original perante a Comissão, nos termos do art. 44 da Convenção”; Art. 33, I.. “a Comissão deverá indicar o nome e o endereço do denunciante original”.

²⁸ Em 1997, a Carta da OEA foi reformada com a ratificação do Protocolo de Washington. Atualmente são 35 os Estados-membros da OEA, mas é importante não confundi-los com os Estados que fazem parte da Convenção que estabelece a competência da Corte Interamericana para julgamento de violação de direitos humanos na região. Vale a pena destacar a situação dos EUA, que não admitem a jurisdição da Corte, logo, não integram o sistema jurídico regional de proteção aos direitos humanos.

²⁹ Cf. mais detalhadamente as fases de desenvolvimento da OEA no livro de (HANASHIRO, 2001).

efetiva dos Estados americanos em torno da idéia de se reprimir e punir as violações dos direitos humanos na região. Atualmente, toda pessoa, grupo de pessoas ou organizações não governamentais têm legitimidade para apresentar uma comunicação frente à Comissão da OEA por violação (por ação ou omissão) de direitos humanos (os direitos humanos protegidos pela Convenção Americana estão dispostos expressamente na norma internacional). A denúncia à Comissão pode ser apresentada nas línguas oficiais da OEA, em nome da própria vítima ou de terceiro.³⁰

Até o ano de 2003, último relatório publicado, somam vinte e seis os casos apreciados e admitidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil.³¹

É interessante, pois, apresentarmos alguns procedimentos da Comissão. Para ter a petição aceita pela CIDH, é preciso, inicialmente, que seja feita uma análise da admissibilidade da petição. Conforme artigo 44 da Convenção Americana e artigo 23 do Regulamento da CIDH é necessário que esta última tenha competência em razão da pessoa (*ratione personae*), em razão da matéria (*ratione materiae*), em razão do tempo (*ratione temporis*) e em razão do local (*ratione loci*) para apreciar a denúncia.

Desta feita, os peticionários têm que ter legitimidade para apresentar a petição à Comissão, bem como o Estado denunciado tenha ratificado a Convenção; a denúncia tem que ser pertinente no que concerne à matéria, ou seja, a denúncia tem que se referir à violação de direitos humanos protegidos pela Convenção Americana; quanto a razão temporal observa-se, no momento do fato alegado, o Estado já havia ratificado a Convenção; e, pôr fim, a competência em razão do local se dá caso os fatos tenham ocorrido em território cujo Estado tenha ratificado a Convenção.

³⁰ Existem atualmente cerca de 800 casos individuais sob apreciação.

³¹ Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção pôr um Estado parte.

Feita essa análise preliminar a petição é submetida a outros requisitos de admissibilidade. Inicialmente, se o peticionário esgotou todos os recursos internos para só então denunciar o Estado perante à Comissão. Porém, este não é um requisito rígido. Conforme artigo 46.2 da Convenção, prevê exceções quando:

a) não existir na legislação interna do Estado de que se trate o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegam foram violados;

b) não houver sido permitido ao suposto lesado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna ou tiver ele sido impedido de esgotá-los; e

c) houver atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos.

O requisito do esgotamento prévio dos recursos internos se relaciona com a possibilidade que tem o Estado de investigar e punir as violações de direitos humanos cometidas por seus agentes, por intermédio de seus órgãos judiciais internos, antes de se ver exposto a um processo internacional. Ele pressupõe, no entanto, que exista no nível interno o devido processo judicial para investigar essas violações e que essa investigação seja eficaz, pois do contrário a Comissão Interamericana, em conformidade com o artigo 46.2(a), da Convenção, pode conhecer do caso antes de esgotados os recursos internos.

O próximo passo é analisar se a denúncia é efetuada tempestivamente. De acordo com o artigo 46.1(b), da Convenção Americana, constitui requisito de admissibilidade a apresentação das petições no decorrer do prazo de seis meses a partir da notificação ao suposto lesado da sentença que esgote os recursos internos.

O artigo 32 do Regulamento da Comissão, cujo texto é similar ao do artigo 38.2 do Regulamento vigente ao momento da apresentação da petição em estudo, consagra que:

[...] nos casos em que sejam aplicáveis as exceções ao requisito do esgotamento prévio dos recursos internos, a petição deverá ser apresentada num prazo razoável, a critério da Comissão. Para tanto, a Comissão considerará a data em que haja ocorrido a presumida violação dos direitos e as circunstâncias de cada caso.

O terceiro requisito é analisar se há duplicação do procedimento e coisa julgada. Assim, a Comissão analisa se a demanda trazida está pendente de outro procedimento internacional ou se não há reprodução de petição ou comunicação anteriormente examinada pela CIDH.

Para admissibilidade da petição ainda se verifica a natureza das violações. A Comissão analisa *prima facie* os fatos alegados pelo peticionário observando se caracterizam violação à Convenção Americana.

Quanto à efetividade de suas decisões, prescreve o artigo 25,1:

Toda pessoa tem direito a um **recurso simples e rápido** ou a qualquer outro **recurso efetivo**, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (grifo nosso)

Entretanto, há a questão da efetividade e rapidez da punição. Isto porque, pelo menos nos casos analisados até então, publicados pelo relatório anual da OEA, a punição aos Estados partes que descumprem o acordado na Convenção, não passa de recomendações para que tome providências sobre a violação cometida. Em o Estado não cumprindo tais recomendações, não há como obrigá-lo. Não há, também, rapidez na resolução dos litígios, vez que há casos que se arrastam por anos.

Não há dúvida que o acesso do indivíduo ou grupo de indivíduos à CIDH constitui-se num avanço em relação ao acesso à justiça. Os Estados-membros da Convenção e, principalmente, os que reconheceram a competência da Corte, a partir dessa possibilidade devem, no âmbito interno, dar um tratamento diferenciado para os casos de violação dos direitos humanos. O próprio Estado deverá se policiar de modo que não sejam cometidas tais violações por seus agentes.

No continente africano, o Protocolo (de 1998) à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos dispõe sobre a criação de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (artigo 2º), em claro reconhecimento de que a solução judicial representa efetivamente a forma mais evoluída da proteção dos direitos da pessoa humana. De acordo com o art. 5º do Protocolo, indivíduos podem instituir casos diretamente à Comissão Africana de Direitos Humanos e, através dela, ter acesso à Corte, desde que o Estado demandado tenha aceito a competência da Corte, nos termos do art. 34.

No plano internacional, algumas convenções que tratam de direitos humanos permitem o acesso de indivíduos, ou grupos de indivíduos através de comunicação ou denúncia às comissões que tais tratados criaram. A Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada em março de 1966, estabeleceu, em seu art. 14 a capacidade dos indivíduos comunicarem o cometimento de violação por parte do Estado ao Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, criado de acordo com o art. 8º.³²

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis ou Degradantes, aprovada em dezembro de 1984 também permitiu a comunicação de indivíduos (Art. 22) ao Comitê contra a Tortura.³³ Da mesma forma, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada em 1979 permitiu, através de seu Protocolo Facultativo, de 1999, a comunicação de indivíduos ao Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Art. 7º).³⁴

Tais convenções estabelecem que pode haver investigação dos comitês, inclusive *in loco*, fruto de denúncias.

³² O Brasil ratificou a Convenção em 1968 e reconheceu a competência do Comitê através do Decreto 4738 de 12 de junho de 2003.

³³ O Brasil ratificou a Convenção em 28 de setembro de 1989.

³⁴ O Brasil ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção em 28 de junho de 2002.

Nos tribunais de direitos humanos o indivíduo figura como sujeito ativo, ao passo que, nos tribunais penais internacionais *ad hoc* (para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, criados em 1993 e 1994, respectivamente), somados ao Estatuto de Roma, de 1998, do Tribunal Penal Internacional permanente, voltados à determinação da responsabilidade penal internacional dos indivíduos (por crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, e crimes de guerra) - figura como sujeito passivo; mas, tampouco, aqui se pode excluir a responsabilidade internacional do Estado (certamente distinta da penal), na medida em que os crimes perpetrados por indivíduos configuraram uma política de Estado.

O verdadeiro acesso à justiça só é possível em um Estado que coloca o Direito acima de suas pretensões. A titularidade jurídica internacional dos indivíduos é hoje uma realidade irreversível. O ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual.

4.1 Tratados Internacionais que Obrigam o Brasil a ser Célere em suas Decisões

Além de todos os dispositivos internos que obrigam o Judiciário a ser célere em suas decisões, o princípio da celeridade acha guarida em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil e, portanto, incorporados no ordenamento jurídico.

Dentre as várias medidas internacionais visando tornar o processo mais acessível à parte e as decisões mais céleres, pode-se citar o **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas,

em 16 de dezembro de 1966, foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em seu artigo 14, §3º expressa:

Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

c) a ser julgada sem dilações indevidas;

A alínea “c” do parágrafo 3º do artigo 14 do referido Tratado sem dúvida alguma vem primar pela celeridade processual deixando claro que não poderá haver dilações desnecessárias ao andamento processual pelos Estados-partes que o assinaram, coroando o princípio da celeridade.

A Convenção Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos (OEA), realizada na cidade de San Jose da Costa Rica, em 22 de novembro de 1966, foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Tal convenção internacional estabelece, em seu art. 8º, as garantias judiciais a serem observadas pelos Estados-parte no instrumento:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso)

As normas internacionais retro-transcritas consagram o Princípio da Celeridade ou Brevidade Processual, inserindo-o no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente

assegurados, por força da cláusula de recepção automática contida no § 2º do art. 5º da Carta Magna, c.c. o § 1º do mesmo artigo, que lhes assegura aplicação imediata, independentemente de intermediação legislativa.³⁵

Desta forma a violação do princípio da celeridade processual pelo Estado brasileiro implica em descumprimento não só de suas responsabilidades para com o cidadão mas, também, com suas obrigações internacionais.

³⁵ CF: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

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

CAPÍTULO 5 - A TUTELA ANTECIPADA COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

5.1 Breve Histórico

Quando se faz uma análise histórica sobre processo e acesso à justiça, é possível a incorrência em erro nas mudanças ocorridas desde sua implantação até os dias atuais. Isto porque, em termos de efetividade, o progresso foi pouco e muito lento. Entretanto, em uma análise minuciosa, observa-se que muitas mudanças ocorreram.

No início, com a abstenção do Estado em se envolver nos litígios, estes eram resolvidos sob a forma da autotutela, ou seja, os próprios indivíduos tentavam a solução dos seus conflitos de interesses, mesmo que não fosse a solução mais adequada ou mais civilizada.

A autotutela, porém, tinha alguns inconvenientes: nem sempre a solução do litígio se dava de forma pacífica e, o ganhador, nem sempre era aquele que tinha razão mas, sim, aquele mais esperto, mais forte, com mais posses e, conseqüentemente, mais influência.

Aos poucos, o Estado viu que para ele não era mais vantagem ficar omissos nas relações entre os indivíduos e, paulatinamente, foi edificando sua solidificação como monopolizador da jurisdição, avocando para si a responsabilidade de prestar a tutela jurisdicional.

A partir de então, salvo nos casos expressos por lei, é defeso ao indivíduo agir arbitrariamente e fazer justiça pelas próprias mãos. Compete ao Estado cuidar para que seus

interesses não sejam lesados e, se o forem, que sejam restabelecidos ao *status quo* o mais breve possível.

Entretanto, o Estado nunca conseguiu prestar a tutela jurisdicional com competência. Seja em função dos vícios remanescentes da colonização portuguesa quando esta trouxe para cá uma jurisdição importada e, literalmente, a plantou aqui, sem conhecimento da realidade da colônia; seja pela excessiva burocratização que, ao mesmo tempo que busca garantir a ampla defesa e o contraditório, fere princípios como o da celeridade e da efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Com o passar dos anos, as relações sociais foram tornado-se mais complexas e, se a sociedade cresceu, o número de conflitos aumentou em proporção e, a estrutura judiciária, não evoluiu a passos tão largos. Isto fez com que o Judiciário ficasse saturado e se tornasse incapaz de resolver os conflitos com a celeridade e eficácia necessárias.

O Código de Processo Civil Brasileiro foi organizado com base na divisão clássica do processo em três níveis independentes sob o ângulo da tutela pretendida.

Alvim (2000, p. 53) descreve que:

A estrutura do sistema brasileiro, filiado ao continental europeu, modelou o seu processo civil em três seguimentos estanques, cada um deles com funções próprias e sem que houvesse a possibilidade de que uma função fosse realizada fora do seguimento a ela destinado: a) conhecimento; b) execução; e c) cautelar. Não havia a possibilidade de execução/realização do direito, sobreposta ou simultaneamente à fase ou no âmbito da fase conhecimento.

Assim, o Código de Processo Civil de 1973 separou claramente o processo de conhecimento do cautelar e do processo de execução. Sabe-se, entretanto, que em determinado momento da histórica jurídica brasileira, passou-se a usar o processo cautelar como meio eficaz de se conceder a tutela jurisdicional, por meio das famosas cautelares satisfativas, embora com âmbito de atuação bem mais restrito do que a antecipação de tutela,

em razão das exigências sociais por um processo que realmente tutelasse os direitos no plano fático.

Além disso, o sistema processual tradicional adotou uma visão do conflito no campo meramente individual que se tornou rapidamente obsoleto e inoperante em decorrência da modificação da sociedade através do consumo, produção e informação massificada e globalizada.

Pode-se dizer que foi a falta de operatividade do antigo sistema processual, que não permitia a cumulação de fases processuais, seguida pela morosidade processual, que levou a uma série de mudanças legislativas que se iniciaram em 1985 com a introdução das ações coletivas no sistema processual, culminando com uma mini-reforma ainda em curso a partir de 1994, que trouxe a novidade do instrumento da tutela antecipada (Lei nº 8.952/94).

A necessidade de um sistema mais dinâmico e eficiente, que resultasse na precipitação de uma decisão pronta e imediata a garantir o direito subjetivo antes do término do processo fora motivo de aplausos da comunidade jurídica.

O decurso do tempo é incompatível com a efetividade da jurisdição, especialmente, quando há risco de perecimento do direito onde se reclama tutela urgente. No mais, a demora processual pode vir a beneficiar indevidamente o réu.

Com base no princípio da efetividade do processo em consonância com o princípio do devido processo legal, a antecipação da tutela surge, na sistemática do Processo Civil vigente, como exigência imperiosa do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV).

A tutela antecipada, apesar de ter sido elaborada com essa denominação em 1994 com o novo art. 273 do Código de Processo Civil, já existia em nosso ordenamento jurídico, muitas vezes com natureza diversa da atual, mas sempre procurando antecipar os efeitos da sentença diante da urgência.

Nery Júnior (1996, p. 65) ressalta a semelhança estrutural da tutela antecipada com os interditos possessórios, “pois os interditos adiantam os efeitos executivos do provimento jurisdicional de mérito”.

Além das possessórias, Nery Júnior (1996, p. 65) esclarece que existiam ainda no Direito brasileiro outros instrumentos destinados a antecipar os efeitos da tutela de mérito, como a liminar nos *writs* constitucionais; em ação civil pública; na ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente; na busca e apreensão de menor em poder de terceiro, quando desnecessária a propositura da ação principal; nos embargos de terceiro, etc.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, também possui uma figura muito semelhante com o atual art. 461 do Código de Processo Civil.

Ferreira (2000, p. 109-110) cita ainda as liminares previstas na Lei 8.245/91, Lei do Inquilinato, nas hipóteses do art. 59, § 1º, que prevê a desocupação do imóvel, e do art. 68, II, que trata da revisional de aluguel. Ressalta, entretanto, que apesar de tais providências se assemelharem à tutela antecipada, são de natureza diversa.

Além desses institutos, há ainda o que se denominou impropriamente de “cautelar satisfativa”, em que se antecipava o próprio bem da vida pretendido pela parte requerente. As cautelares satisfativas contrariavam a natureza jurídica da tutela cautelar, mas como não havia outra medida eficaz, permitia-se o uso da cautelar como tutela satisfativa e não apenas assegurativa. Atualmente, com o advento do art. 273 do Código de Processo Civil, esse tipo de cautelar não pode mais ser admitida.

Portanto, a tutela antecipada não é um instituto totalmente novo, mas surgiu para organizar as situações que, muitas vezes, a jurisprudência, verificando a urgência que era necessária, antecipava efeitos ou o próprio provimento final. Na realidade, como medida específica em determinados procedimentos, o nosso sistema jurídico está repleto de providência antecipatória, tais como as ações possessórias, da nunciação de obra nova, dos

embargos de terceiros e, especialmente, da ação e apreensão de bens adquiridos com cláusula de alienação fiduciária.

Constata-se que os direitos de propriedade e as garantias do sistema financeiro estão bem resguardados em nosso ordenamento jurídico. Os interesses dominantes estão bem aquinhoados com instrumentos especiais de proteção de seus direitos, sempre de forma a satisfazê-los primeiro, para em seguida, haver discussão da matéria. Outro bom exemplo dessa realidade é a execução extrajudicial do Sistema Financeiro da Habitação, prevista no Decreto-lei n. 70, de 21 de novembro de 1966, inclusive com sua constitucionalidade reconhecida pelos altos pretórios nacionais.

Entretanto, estas “medidas facilitadoras” servem para proteger direitos de uma minoria, grupo de pessoas que em face de sua alta representatividade financeira precisa de uma resposta rápida do Judiciário. Não servem aos interesses do povo. Este tem que se contentar com o longo processo de conhecimento e, se suportar o ônus da demanda, ingressar num processo de execução para, quase sempre, descobrir que não há bens para satisfazer seu direito.³⁶

A tutela antecipada vem justamente para equilibrar essa diferença existente entre o indivíduo que não tem o direito, mas tem posses, e o indivíduo que tem o direito mas não pode suportar toda uma cognição exauriente. Isto porque esta precisa ser mais exauriente para uns que para outros. Em determinadas demandas não há necessidade de esgotar a cognição para o juiz dar a sentença. Em outras, sim, principalmente se a parte tiver poucos recursos que a desabone. É preciso ter certeza, senão, em um equívoco, o indivíduo não terá como devolver o bem que lhe foi entregue em uma cognição sumária. Assim, sendo, a tutela antecipada é uma luz no fim do túnel, uma tentativa inteligente de resolver os problemas de forma

³⁶ Oportuna a menção e verificação da Lei 11.232/05 que estabelece a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Desta forma, o processo de conhecimento e o de execução transformam-se em uma única ação. Referida lei prevê que a

equilibrada, com medidas extensivas a toda a população, sem privilégios a determinadas pessoas, grupos ou categorias.

O estudo sobre a tutela antecipada, propriamente dita, iniciou-se segundo Nery Júnior (1996, p. 61-62) no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, que aconteceu em Porto Alegre, em julho de 1983, organizado pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, coordenado pelo Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva.

Em 1985, uma comissão formada pelos Profs. Drs. Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Sérgio Bermudes, apresentou anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil. Nery Júnior (1996, p. 64) comenta que neste projeto: “colocou-se a tutela antecipatória junto com a tutela cautelar, tratando duas realidades distintas como se fossem a mesma coisa”.

A Comissão da Escola Nacional da Magistratura, em 1991, reformulou os antigos projetos, colocando a tutela antecipada no livro do processo de conhecimento. Em 1992, foi publicada a primeira obra sobre o tema, de autoria de Luiz Guilherme Marinoni – Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória.

Finalmente, em 1994, pela Lei 8.952/94 inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro a tutela antecipada, dando nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil. No mesmo ano, a regra do art. 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e do art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo a antecipação da tutela específica nas obrigações de fazer e não-fazer, estendeu-se a todo processo civil, através do art. 461 do CPC.

Com a nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzindo a antecipação da tutela dentro do processo de conhecimento: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na inicial”.

liquidação da sentença seja feita no próprio processo de conhecimento e, em caso de recurso, permite a liquidação provisória.

Através do instituto da antecipação da tutela, o juiz passou a ser autorizado a decidir antes da fase final do processo. Preenchidos os requisitos legais, é um direito do indivíduo ter os efeitos da sentença antecipados, produzindo a satisfatividade que só obteria ao final do processo. O litigante não precisa esperar o longo trâmite do processo de conhecimento para obter uma resposta satisfativa sobre seu direito pleiteado na inicial. O juiz, frente às situações emergenciais que justifiquem a concessão da tutela antecipatória, deve conceder os efeitos práticos da sentença, a requerimento da parte, de imediato, efetivando a prestação jurisdicional.³⁷

Desta forma, com a antecipação dos efeitos práticos da sentença, a parte menos afortunada tem condições de suportar uma eventual demora processual, até entrega definitiva da prestação jurisdicional.

O cidadão comum³⁸, que antes via seu acesso à justiça limitado devido à demora processual agora pode suportar mais facilmente o ônus temporal do processo, gozando do seu patrimônio do bem jurídico almejado, sem precisar esperar a sentença definitiva.

A respeito da tutela antecipatória, Pellegrini (2006) comenta:

Mais do que um julgamento antecipado da lide, o artigo 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando antes na sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda a proferir.

³⁷ Preleciona Zavascki: “Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente o direito afirmado pelo autor, e sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação de sentença. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição, e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos”. (1996, p. 48)

³⁸ Entenda-se, por cidadão comum, no sentido empregado, aquele que não goza de nenhum privilégio, seja político, social, econômico ou financeiro, frente ao Judiciário.

A antecipação da tutela é concedida ao autor, preenchidos alguns requisitos legais, de forma a antecipar os efeitos da sentença. O autor recebe, satisfativamente sua pretensão, sem que para isso precise esperar até à sentença definitiva. O pedido, ou parte dele, é concedido ao autor provisoriamente, antecipando a decisão que viria apenas com o provimento definitivo.

Para Galli (1999, p. 24) tutela antecipada é:

[...] a decisão interlocutória pela qual o juiz da causa, a requerimento da parte, convencendo-se por prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, e verificando fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso do direito de defesa e manifesto protelatório do réu, confere antecipadamente uma ou mais providências fáticas perseguidas pelo requerente, satisfazendo faticamente, e nem sempre definitivamente, o litigante, que conhece um ou mais efeitos práticos da pretensão de direito material deduzida.

Silva (1997b, p. 98-99) traz um posicionamento diferenciado com relação à natureza do provimento antecipatório:

Conforme nosso entendimento, a medida antecipatória, mesmo sendo por natureza provisória, e como tal destinada a ser depois revogada, ou confirmada (substituída) pela decisão definitiva, cuida de uma “questão da lide” e interfere muitas vezes de forma irremediável no direito litigioso, sendo, portanto, provimento que a concede uma decisão relativa a uma parcela do *meritum causae*.

Embora sejam conceitos divergentes sob o ponto de vista da natureza da tutela antecipada, pode-se extrair que ela é informada pelo princípio da necessidade, ou seja, há a necessidade imediata da satisfação do pedido, sob pena de que, quando concedido, torne-se inútil à parte, comprometendo a efetividade da prestação. Em alguns casos, a demora processual traz danos muito maiores à parte do que os já causados pelo réu. A tutela antecipada vem justamente incidir sobre esta situação, ramificando-se no plano executivo. Ela satisfaz a prestação num plano de provisória execução, o que seria possível apenas na execução forçada.

5.2 Diferença entre Tutela e Provimento

Remete-se, aqui, a uma antiga discussão doutrinária sobre o pedido mediato e o imediato feito ao Estado-juiz. O pedido mediato é, na verdade, a tutela pretendida, o propósito do autor ao ingressar com uma ação. O pedido imediato traduz-se na resposta ao pedido do autor, é a prestação jurisdicional almejada, este é o provimento.

Diferenciando pedido mediato de pedido imediato, diz Theodoro Júnior (1999, p. 55) “o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1^o, o pedido imediato, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2^o, o pedido mediato, contra o réu, que se refere à providência de direito material”.

Em outras palavras, o provimento tem relação com o direito processual, é a resposta jurisdicional ao pedido do autor; e a tutela tem relação com o direito material, é o bem da vida que o autor visa obter com a prestação jurisdicional.

Como se percebe, a tutela encontra-se após o provimento, somente depois deste é que ela será obtida. Conclui-se, então, que o provimento é o meio para se alcançar a tutela. Assim, o bem da vida, processualmente falando, só pode ser alcançado através do provimento satisfativo.

A tutela só poderá efetivamente ser alcançada quando se verificar a concretização do direito material e, esta, só será possível quando o processo se instrumentalizar, ou seja, disponibilizar meios que possibilitem a antecipação dos efeitos da tutela e não do provimento. Assim, o autor terá atendido seu direito pois a decisão recairá sobre a antecipação dos efeitos concretos do pedido mediato.

Esta ressalva é necessária para que, ao se analisar o artigo 273 do Código de Processo Civil entenda-se qual a sua devida função. Antecipar os **efeitos** da tutela pretendida

não é o mesmo que antecipar a tutela. Não se antecipa a tutela condenatória, declaratória ou constitutiva mas, sim, os efeitos que qualquer uma delas produza no plano de direito material.

5.3 Limites da Tutela Antecipada

Os efeitos do pedido da parte podem ser antecipados total ou parcialmente. A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz, devendo estar sempre vinculado ao princípio da necessidade.

A antecipação dos efeitos da sentença final pode ser requerida pela parte legitimada, desde que presentes os requisitos, na inicial, após a contestação, durante o processo e até mesmo em grau de recurso, já que não existe nenhuma limitação à concessão desta na hipótese do inciso I do art. 273.

O juiz pode conceder a antecipação da tutela a qualquer tempo, até mesmo *inaudita altera parte*, ou seja, antes da entrada do réu no processo. Tal medida se justifica, porque, muitas vezes, a urgência não permite que se espere pela citação e contestação do réu, podendo tornar ineficaz a antecipação.

O princípio do contraditório não constitui óbice para a concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte* pois, neste caso, haverá um contraditório diferido, realizado num momento posterior. Além disso, a reversibilidade da tutela antecipada garante que o réu não sofrerá qualquer prejuízo com a sua manifestação posterior à decisão.

A liminar antecipatória jamais poderá assumir o efeito exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida *in limine*, o processo forçosamente terá de prosseguir até o

juízo final de mérito (§ 5º). Por isso a liminar prevista no novo art. 273 deve conviver com o princípio do contraditório.

Se o juiz não conceder a tutela antecipada de plano, poderá marcar audiência de justificação prévia, citando-se para tanto o réu. Ferreira (2000, p. 153-156) entende que essa audiência poderá ser marcada também para permitir ao requerente da tutela antecipada a produção de prova testemunhal, já que a lei não restringiu a comprovação dos requisitos da prova inequívoca e verossimilhança apenas às provas documentais.

Na hipótese do inciso II, do art. 273, se ocorrer um abuso de defesa ou propósito protelatório do réu, o momento de requerimento e a concessão são controvertidos na doutrina. Há entendimento no sentido de que “*somente pode ocorrer após a resposta*”.

Entretanto, outro entendimento defende que a antecipação, nesta hipótese, poderia ocorrer antes da citação e da contestação do réu, ao menos em uma de suas modalidades. Como o legislador não fixou momento para a antecipação da tutela e, devido a sua natureza e objetivos, conclui-se que, preenchidos os requisitos, a mesma pode ser deferida em qualquer fase processual.

Nery Júnior (1996, p. 70) sustenta a possibilidade do deferimento da tutela antecipada, com base no inc. II do artigo 273 do CPC, de forma liminar, sempre que ficar absolutamente caracterizado que o réu agirá no processo de forma temerária.

Seguindo uma lógica processual, pode-se concluir que se o pedido for embasado no inc. II do art. 273, ele deverá ser feito prontamente após a constatação dos atos protelatórios ou abuso de defesa. Não teria sentido o autor constatar esses abusos e apontá-los apenas em grau recursal.

Com relação à legitimidade para requerimento da tutela antecipada, pode fazê-lo aquele que pretende antecipar um ou alguns dos efeitos que só alcançaria com o provimento

final. Portanto, não restam dúvidas de que o autor da ação tem legitimidade para requerer a antecipação, pois é ele quem faz o pedido.

Se somente quem pede pode requerer a concessão da tutela antecipada, todos os que podem pedir têm o direito de requerer a antecipação dos efeitos de sua pretensão.

Além do autor, têm legitimidade, segundo Nery Jr. e Andrade Nery, o denunciante, na denunciação da lide; o oponente, na oposição; o autor da ação declaratória incidental [...]. O assistente simples do autor pode pedir a tutela antecipada, desde que não se oponha ao assistido. O assistente litisconsorcial, quando no pólo ativo, pode requerer a tutela antecipada, independentemente da vontade do assistido. Saliente-se que, neste caso, o assistente não estará fazendo pedido em sentido estrito, mas apenas pleiteando seja concedida a antecipação dos efeitos da sentença.

A tutela antecipada pode, também, ser requerida pelo réu no caso da reconvenção. Nesse sentido os ensinamentos de Marinoni (1998a, p. 120):

A reconvenção é autêntica ação do réu, admitida no processo instaurado pelo autor. O reconvinte faz pedido e requer tutela jurisdicional. Ora, se é assim, ou seja, se a reconvenção é a ação do réu, está o reconvinte autorizado a requerer a antecipação da tutela.

Nas ações dúplices o réu também pode requerer a tutela antecipada. Sobre este assunto Marinoni (1998a, p. 120) diz: “Também nas ações dúplices é possível ao réu requerer a tutela antecipatória. O réu, nas ações dúplices, pode formular pedido na própria contestação, sem necessidade de reconvenção”.

Tratando-se de ação declaratória incidental, como observa Machado apud Ferreira (2000, p. 106): “[...] se for ajuizada pelo réu este deverá ter contestado, uma vez que deverá haver impugnação específica para tornar controvertida a relação jurídica prejudicial [...]”.

Ainda seria cabível ao réu propugnar pela tutela recursal antecipada, quando este é o autor do recurso. Ferreira (2000, p. 106) esclarece que: “não é tutela antecipada propriamente

dita, uma vez que não se está concedendo o bem da vida almejado [...], estará havendo uma antecipação dos efeitos de um eventual e provável provimento de recurso”.

Entretanto, ao entender a tutela antecipada como a antecipação dos efeitos que apenas seriam alcançados com a prolação da sentença, inegável que, o réu, formulando pedido antecipado em fase recursal, estará usufruindo dos benefícios da tutela antecipada.

Na simples contestação, em princípio não seria possível ao réu requerer a antecipação da tutela. Entretanto, Marinoni (2000a, p. 129) lembra que, o réu, na contestação, não formula pedido, mas solicita a improcedência do pedido, ou seja, uma declaração. Neste caso poderia o réu requerer a tutela antecipada desde que estivessem presentes circunstâncias que o fizessem crer que o autor o impediria de praticar atos que seriam legítimos se a ação fosse improcedente.

Tem-se, nesse caso, o princípio da bilateralidade da ação. Ou seja, o réu contra quem a ação é proposta, tem o direito de defesa dentro do processo, tanto quanto o autor. Quando o juiz aceita o pedido do autor, o réu começa a interferir na relação processual, cabendo-lhe agora o interesse de defender-se em todas as fases do processo. Seria, portanto, ilógico, face ao princípio da bilateralidade da ação, negar que o réu também tem o direito à antecipação da tutela.

A partir deste momento, nasce para o réu o interesse de que o conflito seja solucionado e que a sentença lhe seja favorável. Esta relação que se estabelece, de um lado o direito de acusação e do outro o direito de defesa, dá-se o nome de bilateralidade da ação. Partindo-se deste princípio, conclui-se que há a bilateralidade do processo.

Na verdade, a bilateralidade da ação é decorrente do princípio do contraditório, da ampla defesa e, nesse sentido, escreve Portanova (1997, p. 61) “o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz”.

Desta forma, o princípio da bilateralidade traz em seu bojo o aspecto lógico e político presente no contraditório. Exterioriza o dever de igualdade processual entre as partes e a obrigação do juiz de garantir a busca da verdade independentemente de quem tenha provocado o Judiciário. Em decorrência de tal princípio, os sujeitos parciais que atuam no processo têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, requerer e realizar provas que demonstrem seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

Marinoni (2000a, p. 130) cita ainda a hipótese do chamamento ao processo, dizendo que “o autor pode requerer a tutela antecipatória contra o réu originário ou contra os chamados. Se a tutela antecipatória é concedida, a parte que a satisfaz deve ser autorizada a executar (também antecipadamente) o devedor principal ou os outros devedores”.

Quanto ao fato do Ministério Público requerer a antecipação da tutela, há controvérsias. Isto porque, como é de conhecimento, tal órgão pode atuar tanto como parte (art. 81 do CPC), quanto como fiscal da lei, (art. 82 do CPC).

É pacífico o entendimento de que, atuando como parte, o Ministério Público pode requerer a antecipação da tutela, visto que não há nenhuma vedação legal e amparado no artigo 273 *caput* do CPC que prescreve: “O juiz poderá, a **requerimento da parte**, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação ”. (grifo nosso)

Há entendimento de que, quando o Ministério Público funciona como *custos legis*, ele não pode pleitear a antecipação da tutela, vez que não é parte. Entretanto, levando em conta o princípio da efetividade da justiça e que a atividade fiscal não se resume apenas na aplicação da lei ao caso concreto, não há como negar à entidade responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis, sua atuação plena no processo quando necessário.

Discorrendo sobre a possibilidade do Ministério Público requerer a tutela antecipada enquanto custos legis, Schimidt Júnior (1997, p. 460) escreve:

Conseqüentemente, se para a efetivação da justiça é necessário que se conceda a tutela jurisdicional no momento adequado e se a intervenção do Ministério Público é essencial à atividade jurisdicional do Estado, por evidente que quando da intervenção deste está o mesmo habilitado a pleitear a tutela antecipada. Não que o faça no interesse desta ou daquela. O faz no interesse da justiça, ao argumento de que esta somente se efetivará se os efeitos pretendidos pela parte forem antecipados.

Além do que, seria uma contradição possibilitar ao Ministério Público recorrer, ainda que como fiscal da lei (art.499 do CPC) e negar-lhe o direito de pleitear a antecipação da tutela.

Nery Júnior (1997, p. 389), tem o seguinte entendimento quanto ao requerimento da tutela antecipada pelo Ministério Público:

Os intervenientes que agem ad *coadjuvandum*, como o assistente (simples e litisconsorcial) e o Ministério Público custos legis (at.82, do CPC), podem, no interesse e em benefício do assistido e daquele por quem intervém o MP no processo (v.g. o interesse público geral, o incapaz, o obreiro etc.) requerer o adiantamento da tutela. Saliente-se que, neste caso, nem o assistente, nem o MP custos legis estarão fazendo pedido em sentido estrito, mas apenas pleiteando seja concedida a antecipação dos efeitos da sentença: o pedido já foi deduzido pela parte (assistido e aquele por quem intervém o MP).

Por fim, cabe salientar que a decisão que antecipar a tutela, o juiz deverá indicar, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento, fazendo-o, também, quando denegá-la.

O dispositivo que exige a fundamentação da decisão que concede ou denega a antecipação da tutela veio apenas reforçar o dispositivo 165 do Código de Processo Civil que dispõe: *"as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso"*. Da mesma forma a

Constituição Federal, em seu art. 93, IX, não autoriza ao juiz decidir sem fundamentar, demonstrando as razões de seu convencimento.

Esses dispositivos que obrigam o juiz a fundamentar sua decisão é uma forma de controle do Poder. Manifesta-se como a extensão do princípio da demanda.³⁹ Fomenta a falsa impressão de que o juiz está preso à lei,⁴⁰ adstrito a sua vontade. Pensar e agir de forma contrária, seria uma negativa ao sistema vez que, este, não está disposto a transferir ao juiz poderes que possam conflitar com seus interesses.

Entretanto, apesar de tantas previsões legais que existem na legislação brasileira, algumas tão óbvias que não merecem nem citação, como é o exemplo da decisão motivada, Moreira (1984, p. 81), traz uma visão interessante a esse respeito:

A nuestro juicio, pues, constituye un dado positivo la previsión expresa, en las leyes procesales, de poderes instructorios ejercitables ex officio por el órgano de jurisdicción. Sin embargo, una cosa es la existencia de tales disposiciones en los textos legales, otra muy diferente es la utilización que de ellas se hace en la práctica judicial. La observación de lo que pasa en la realidad cotidiana de los juzgados justifica la impresión de que los juices no suelen valerse con mucha frecuencia, en esta materia, de las posibilidades abiertas por las leyes, aún cuando manifiesta la insuficiencia de los elementos probatorios aportados por obra de las partes; y semejante impresión ha sido confirmada por algunas pesquisas. Claro está que es poco menos inútil conferir de iure poderes a quien no se disponga a ejercitarlos de ipso: los resultados no serán sensiblemente distintos de los que se podrían obtener sin el otorgamiento de dichos poderes.⁴¹

³⁹ Dentre os diversos princípios que norteiam o Direito Processual, o *princípio da demanda* é, dentre outros, o que caracterizou com maior ênfase o Estado liberal-burguês de fins do século XVIII, haja vista que, uma vez disponível o direito material, disponível seria, também, o direito de demandar. *Significa o princípio da demanda que a invocação da tutela jurisdicional é um direito estritamente individual e que a defesa dos interesses próprios fica à livre iniciativa do seu titular.* (BARBI, 1998, p. 15)

⁴⁰ [...] “é bom saber que ela tem desempenhado, paralelamente a seus objetivos jurídicos, uma eminente função política, de servir como tática de governo, instrumento através do qual o poder comunica-se com seus súditos”. Silva (2004, p. 217), comentando sobre lei e ideologia.

⁴¹ “ A nosso juízo, pois, constitui um dado mais positivo a previsão expressa. Nas leis processuais, de poderes instrutórios exercidos ex officio pelo órgão jurisdicional. Sem embargo, uma coisa é a existência de tais disposições em textos legais, outra muito diferente é a utilização que delas se faz na prática judicial. A observação do que se passa na realidade cotidiana dos juzgados justifica a impressão de que os juizes não sabem valer-se com muita freqüência, nesta matéria, das possibilidades abertas pelas leis, quando manifesta a insuficiência dos elementos probatórios apontados por obra das partes; e semelhante impressão tem sido confirmada em algumas pesquisas. Claro está que é pouco menos inútil conferir de iure poderes a quem não se

E, sob esta visão, a previsão do que poderia ser apenas uma formalidade passa a ter um valor importantíssimo. Isso porque, se com a previsão legal já há a dificuldade de encontrar decisões justas, sem ela seria ainda mais raro.

A decisão motivada tem que contribuir no sentido de possibilitar ao juiz usar de todo o poder que lhe é denegado para prolatar decisões justas e não meramente legais. A previsão legal de seus poderes tem que manifestar uma extensão e não uma limitação à aplicação da justiça.

Mais uma vez uma frase simples, mas muito bem empregada do doutor Moreira (1984, p. 85): “No hay mucha necesidad, em esa matéria, de exhortaciones a la cautela y a la moderación. Los jueces no suelen pecar aquí por exceso, sino por defecto. El verdadero peligro no es el de la exageración: es el de la inercia judicial”.⁴²

Em resumo, pode-se concluir que, mesmo havendo inúmeras previsões legais, algumas óbvias demais, a intenção é fixar um padrão a ser seguido nas decisões. Isto, às vezes, dificulta mais que favorece vez que, *cada cabeça, uma sentença*, cada juiz julga e fundamenta conforme suas convicções.

Assim, indiferente à previsão de que toda decisão deve ser motivada, o juiz deve agir cômico do poder e do dever que tem suas decisões e fazer jus ao cargo que ocupa.

dispõe a exercitá-los: os resultados não serão sensivelmente distintos dos que se poderiam obter sem o outorgamento dos ditos poderes.”

5.4 Cabimento da Tutela Antecipada

5.4.1 Ações Condenatórias

O entendimento sobre o cabimento da tutela antecipada nas ações condenatórias é pacífico. Sobre esse assunto não há divergência na doutrina. Discute-se, todavia, se o cumprimento da decisão antecipatória sujeita-se à ação autônoma ou se a medida é cumprida na própria ação de conhecimento.⁴³

Procurando solucionar a questão, Zavascki (1996, p. 92-96) diz que a melhor solução é cumprir a decisão da tutela antecipada na própria ação de conhecimento, mediante ordens ou mandados. Salvo quando se tratar de antecipação de pagamento de quantia certa pois, em tal caso, depende da vontade do executado ou de atos de expropriação, insuscetíveis de serem realizados na própria ação; devendo nesta hipótese entrar com ação de execução provisória por quantia certa. Outra exceção ocorreria quando a obrigação fosse ilíquida.

Todavia, com relação à possibilidade de se antecipar os efeitos da sentença condenatória e se a execução pode ocorrer nos próprios autos ou em autos apartados, a doutrina majoritária tem o entendimento que só deverá ocorrer em procedimento autônomo quando houverem dificuldades para a execução da tutela antecipada, como no caso das obrigações ilíquidas.

Sobre a relação entre a antecipação e a sentença condenatória, manifesta-se Marinoni, (1999a, p. 34) nos seguintes termos:

⁴² “ Não tem muita necessidade, nessa matéria, de exorbitações da cautela e da moderação. Os juízes não sabem pecar aqui por excesso, sim por defeito. O verdadeiro perigo não é o exagero: é a inércia judicial.”

⁴³ Interessante observar a Lei 11.232/06

Na realidade, como já foi dito no início deste item, não há propriamente antecipação dos efeitos da sentença, ou mesmo antecipação do efeito executivo, mas sim produção antecipada do efeito executivo para a realização imediata do direito. Esta realização antecipada por ser total ou parcial, e nesta hipótese fica ainda mais evidente que não é correto pensar em antecipação do efeito executivo, uma vez que não pode haver antecipação de parte de um efeito, mas apenas produção antecipada de um efeito para uma finalidade parcial. Nesta linha, se o que é antecipado é um bem da vida, antecipa-se a tutela, e não a sentença; como já foi explicado, a sentença é somente uma técnica para a prestação da tutela.

Conclui-se, então, que no âmbito das ações condenatórias, ocorre a produção antecipada do efeito executivo para que o direito pleiteado seja realizado de imediato.

5.4.2 Ações Declaratórias

As ações declaratórias visam apenas a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica; excepcionalmente a lei pode prever a declaração de meros fatos. O provimento jurisdicional invocado exaure-se, nessa hipótese, na decisão quanto à existência ou à inexistência da relação jurídica.

Assim, verifica-se que o pedido imediato deste tipo de ação (pronunciamento), confunde-se com o pedido mediato (tutela), pois se visa apenas uma declaração e sendo esta feita na sentença, exaure-se também a pretensão material da parte.

Por este motivo, a doutrina discute a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença desse tipo de ação já que, aparentemente, o pronunciamento não teria outros efeitos a produzir, além da própria declaração.

Aqueles que não admitem a antecipação da tutela meramente declaratória, partindo do pressuposto de que o pedido mediato (bem da vida almejado) e o imediato (decisão

declaratória) se confundem, concluem que não se teria o que antecipar, vez que estar-se-ia antecipando a decisão de mérito propriamente dita. Ferreira (2000, p. 89)

E Ferreira (2000, p. 90-93), conclui o assunto dizendo:

E esta constatação é *fundamental* para poder se admitir a tutela antecipada nas ações meramente declaratórias, porque, como se demonstrou, os *efeitos da sentença*, embora prescindam de execução propriamente dita, *extravasam os estreitos limites da mera declaração judicial solitariamente considerada*, pois é por causa da sentença que se deverá corrigir no mundo uma série de situações que *dependam da premissa alterada pela sentença*.

[...]

Logo, cumpridos os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, afigurar-se-á plenamente cabível a concessão da tutela antecipada em ações meramente declaratórias, pois serão antecipados os efeitos que só seriam verificados após a certeza jurídica exposta na sentença ('os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial' - *caput* do artigo 273).

Theodoro Júnior (2001, p. 189) argumenta que a antecipação da tutela não se aplica apenas às sentenças condenatórias:

Isto, porém, não faz com que a antecipação de tutela seja um incidente só admissível na ação condenatória. Aqui se cogita de execução no sentido mais lato do termo, e não no específico de título executivo em sentido estrito. Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposta por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de não agir de maneira contrária, ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada.

Sobre este tema, Zavascki (1999, p. 85) prevê a possibilidade de antecipação da tutela somente quando a ação declaratória tiver cunho negativo, dizendo que: "Ora, essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente,

mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, verifica-se que a tutela antecipada pode ser requerida em ações declaratórias sempre que, além da simples declaração, exista algum efeito concreto desta declaração, como numa ação declaratória de nulidade de título cambial, o efeito concreto dessa declaração de nulidade é a insubsistência do protesto efetuado. Portanto, “na ação declaratória é possível a antecipação da tutela quanto a algum efeito executivo ou mandamental da sentença”.⁴⁴

Com relação aos efeitos da ação declaratória, diz Bedaque (1997, p. 231): “os provimentos declaratórios e constitutivos não são antecipados, o que ocorre com apenas alguns dos efeitos a ele inerentes”.

Ferreira (2000, p. 89) entende que cabe tutela antecipada nas ações declaratórias em que forem necessárias “determinadas providências para ajustar-se a realidade reconhecida na sentença”. Continua o autor dizendo que referidas ações são aquelas denominadas de “ações declaratórias que tenham repercussões práticas”, nos ensinamentos de Kazuo Watanabe, como “a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos; ou as que contenham alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir efeitos”.

Do exposto conclui-se que, é possível a antecipação da tutela em ações declaratórias quando a sentença destas produzirem efeitos executivos ou mandamentais, ou seja, efeitos de cunho práticos.

5.4.3 Ações Constitutivas

Processo constitutivo é aquele que visa um provimento jurisdicional que constitua, modifique ou extinga uma situação jurídica. Também é grande a divergência quanto ao cabimento da tutela antecipada nas ações constitutivas.

Doutrinadores renomados, como Zavascki, dizem que é incabível antecipar simplesmente efeitos declaratórios ou constitutivos. Referido doutrinador, justifica seu posicionamento afirmando que a antecipação dessas tutelas não traria qualquer efetividade, não sendo compatível com o princípio da necessidade.

Admitindo o cabimento da tutela antecipada nas ações constitutivas, esclarece Marinoni (1997, p. 273):

É preciso dizer, antes de mais nada, que depois de muita meditação chegamos à conclusão, contrária à doutrina dominante, que não há motivo que possa impedir, na perspectiva técnico-processual, uma constituição ou uma declaração fundada em cognição sumária.

O raciocínio a ser realizado para se chegar à conclusão do cabimento ou não da antecipação da tutela neste tipo de ação é o mesmo realizado para verificar o cabimento na ação declaratória, atentando para a eficácia ou não dos efeitos antecipados.

Exemplificando, Watanabe apud Ferreira (2000, p. 97):

Na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, em vez de antecipar desde logo o provimento desconstitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado, etc.

⁴⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Acórdão unânime da 4ª Câmara Cível. Agravo nº 96.002148-5. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu, 22.08.96. *in* RT 740/176.

Assim sendo, não há porque não considerar a antecipação da tutela nas ações constitutivas, vez que, a pretensão da antecipação não é criar, extinguir ou modificar a relação jurídica e, sim, antecipar as alterações dela decorrentes. Se é possível antecipar a tutela na sentença condenatória que tem posterior execução, quanto mais necessária na ação constitutiva que tem execução diferida.

E mais, não se pode distanciar do objetivo da tutela antecipada que é dar efetividade à prestação jurisdicional e não somente à condenatória ou outra qualquer. Faz-se necessário que ela alcance mais do que uma simples declaração: que ela seja empregada tanto para constituir como pra condenar, sob pena de tornar inócuo seus próprios objetivos.

5.4.4 Sentenças Mandamental e Executiva *Lato Sensu*

A tutela mandamental pode ser entendida como sendo aquela que veicula uma ordem do juiz, outorgando-lhe poderes para emitir ordens à parte. É acompanhada de mecanismos coercitivos (multa por tempo de atraso), para a parte cumprir a obrigação que lhe é imposta (art. 273, §3º, art. 461, §§4º e 5º, art. 461-A, §3º, do CPC). O juiz não se limita a condenar a parte a fazer ou deixar de fazer.

Nas palavras de Silva (1998, p. 334), na tutela mandamental “o juiz *ordena* e não simplesmente *condena*”. Na lição do doutor, trata-se de outorga de poderes de *imperium* ao juiz.

No mesmo sentido, profere Marinoni (1998a, p. 356):

[...] a mandamentabilidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a “sanção”, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção.

De outro lado, a eficácia executiva *lato sensu* corresponde à possibilidade do juiz adotar, incidentalmente no processo cognitivo, medidas materiais necessárias a obter o resultado prático que o cumprimento da obrigação geraria, independentemente da vontade e colaboração do devedor. Não há condenação para execução. Há decisão com execução. Na própria decisão, seja interlocutória (antecipação de tutela) ou final (sentença de procedência), as medidas concedidas pelo juiz são, por si só, executivas: capazes de produzir os resultados práticos.

Com relação à antecipação da tutela nas ações executivas *lato sensu* e mandamentais, Ferreira (2000, p. 133) aponta o seguinte entendimento:

[...] se é admitida a tutela antecipada nas ações condenatórias, com muito mais razão deve-se admiti-la nas ações executivas *lato sensu* e nas ações mandamentais, pois, se a exigência de cumprimento da sentença prescinde de execução *ex intervallo*, ou seja, a execução se realiza nos próprios autos, em regra nada há que impeça a tutela antecipada nestes casos.

Neste sentido, nota-se que as sentenças mandamental e a executiva *lato sensu* estão amplamente comprometidas com a efetividade processual ao diminuírem sensivelmente o tempo necessário para que o indivíduo obtenha o bem da vida almejado. Portanto, não podem furtar-se à antecipação da tutela quando cabível.

Com efeito, o art. 461 do CPC, preconiza, em seu § 3º, a possibilidade de que a tutela específica da obrigação seja concedida antecipadamente:

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

Marinoni (1999a, p. 69-70), frisando que a sentença mandamental e a executiva *lato sensu* são técnicas para a prestação da tutela, demonstra ser possível ao juiz, utilizando-se dos instrumentos processuais disponíveis, conceder a tutela no final do procedimento ou em seu curso.

Tanto a antecipação de tutela, disciplinada no art. 273 do CPC, como a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, através das tutelas mandamental e executiva *lato sensu* (art. 461 e 461-A, do CPC), dispensam nova relação executiva, bastando serem realizados atos executivos no próprio processo cognitivo para atingir a satisfação fática imposta pela decisão de mérito, seja ela provisória ou definitiva.

5.5 Requisitos da Tutela Antecipada

Para a concessão da tutela antecipada exige-se a presença dos requisitos previstos pelo art. 273 do Código de Processo Civil. Podemos dividi-los em requisitos genéricos, que sempre devem estar presentes, e requisitos específicos, que são alternativos, ou seja, apenas o preenchimento de um deles permite a antecipação da tutela.

5.5.1 Requisitos Genéricos

Os requisitos genéricos para a concessão da tutela antecipada são os seguintes: requerimento da parte, prova inequívoca e verossimilhança da alegação e irreversibilidade do provimento.

5.5.1.1 Requerimento da Parte

Com relação à figura do juiz, se ele pode ou não requerer a tutela antecipada de ofício há entendimentos antagônicos. No caso da tutela antecipatória, o artigo 273 do Código de Processo Civil é bem claro ao exigir, como um dos requisitos para esse tipo de tutela, o requerimento da parte interessada, proibindo, assim, a concessão *ex officio* da tutela antecipada. Nesse sentido entendem Sérgio Bermudes e Vicente Greco Filho, entre outros.

Entretanto, Bedaque (1997, p. 351), assim como Fux (1996, p. 104), dentre outros, entendem possíveis a antecipação da tutela de ofício pelo juiz perante a necessidade de preservar um direito em risco eminente de perecimento.

Os autores que defendem que o juiz não pode conceder a tutela de ofício, argumentam, em síntese, que este ato do juiz estaria ofendendo o princípio da demanda.

Contrariando este argumento, preleciona Watanabe (1996, p. 43): “Não há que se falar, diante desse poder concedido ao juiz, em ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, uma vez que é o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que está excepcionando o princípio geral.”

O que se faz relevante compreender é que nenhum princípio é absoluto. Os princípios são relativizados conforme o bem da vida que está em jogo. Dependendo de qual bem a ser protegido, aplicando o princípio da proporcionalidade das razões, o juiz tem o dever de tomar as medidas necessárias e suficientes para resolver os conflitos atinentes à lide.

Assim sendo, é até aceitável o entendimento de que o juiz não pode dar início à relação processual mas, uma vez instaurada, nada o impede, até mesmo amparado pelo princípio do impulso oficial, de praticar todos os atos necessários à efetiva tutela jurisdicional.

Dinamarco (2001a, p. 888) traz seu posicionamento a respeito da postura do juiz quanto à importância de sua atividade jurisdicional:

Por isso e sobretudo porque o juiz moderno não é dado assumir posturas de telespectador: legitimam-se e impõem-se as iniciativas *ex officio* destinadas a preparar os bons resultados do exercício da jurisdição, mediante a conservação de bens e provas e antecipação de decisões com vista a preservar os valores humanos que em juízo se controvertem. Tal é o ativismo judicial, que se contrapõe ao *ad-versay system* dos norte-americanos e vem sendo objeto de recomendação nos congressos internacionais de direito processual.

Entretanto, no que diz respeito à concessão da tutela de ofício, Dinamarco (2001b, p. 149-150) é reticente, tendo entendimento contrário:

O art. 273 condiciona a concessão de tutela antecipada à iniciativa de parte, o que é inerente ao sistema de tutela jurisdicional (arts. 2º, 262) e corresponde à idéia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda).

Na atual conjuntura do mundo globalizado não é mais admissível a figura do juiz concebida numa postura burocrática. O juiz tem que atuar na mesma velocidade que se transmitem informações sob pena de deixar o direito perecer. Com isto não se defende a

abolição das leis mas, sim, sua instrumentalização para que a prestação jurisdicional seja célere e concreta.

Nas palavras de Pereira Filho (2004, p. 43), a tutela antecipada de ofício pelo juiz é uma forma de promover esta instrumentalização processual necessária à efetividade:

A tutela antecipada é deferida no curso de um processo, o que por si já demonstra que houve obediência ao princípio da demanda. Acrescido a isso, tem-se o milenar princípio *da mihi factum, dabo tibi jus*. Ora! O juiz só vai deferir a tutela de ofício se os fatos narrados permitirem-lhe uma análise positiva. Diante disso, se perceber que o caso concreto apresentado necessita da antecipação da tutela para proteção do próprio direito material da parte, ele deverá agir.

O juiz tem que enfrentar com muito esmero a questão da parte mais fraca no processo. Incumbe-lhe o papel de controlar, administrar o processo de forma que as partes tenham sua tutela jurisdicional prestada da melhor forma possível.

Neste sentido, Portanova (2001, p. 118):

Nestes tempos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes tem dificuldades de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível já é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido.

O autor ao se dirigir ao Judiciário para reivindicar seus direitos, não está interessado em ter uma sentença que lhe seja favorável, mas já inútil. Para ele o que interessa é que lhe seja entregue o efetivo bem da vida perseguido. Ele sabe que o que pede é seu por direito e o fato de que, por cumprimento de formalidades excessivas, lhe seja adiado ou mesmo negado

esse direito, torna-o um cético quanto à justiça. Assim, o fato do pedido estar ou não presente na exordial, não pode impedir o juiz de aplicar a lei ao caso concreto. Se há a necessidade da concessão da tutela antecipada de ofício e o juiz entende possível fazê-lo face aos fatos narrados, não há porque se omitir.

Nas palavras de Pereira Filho (2004, p. 48):

A antecipação de ofício poderá ocorrer em ambos os incisos previstos no artigo 273, ou seja, tanto na tutela de urgência, como na de aparência ou evidência. Essa classificação da medida antecipada em tutela de urgência e de evidência é muito apropriada. Enquanto aquela prima pela efetividade do direito material, esta protege a eficiência do processo. Sendo assim, o juiz, ao perceber que o réu está utilizando-se do processo para fins escusos, protelatórios, deve antecipar a tutela como forma de penalizá-lo e impedir que o processo seja um instrumento a serviço única e exclusivamente do réu/devedor.

Contestação apresentada com fins claramente procrastinatórios, o juiz, mesmo sem o requerimento do autor, poderá, igualmente, conceder a antecipação da tutela como forma de coibir essa defesa desleal e imoral.

Este posicionamento mostra a grande importância que tem a atitude do juiz perante o processo. Ele não pode mais se manter inerte como acontecia na época da aristocracia autoritária quando o processo se limitava a um amontoado de formas. Com a evolução da sociedade surge o Estado Democrático que põe a disposição do indivíduo uma justiça autônoma, independente, com normas procedimentais mais justas e confiáveis, libertando o processo do arbítrio dos donos do poder.

E o juiz tem que fazer com que essas normas sejam acatadas e respeitadas por toda a sociedade. Entretanto, isto só é possível através de uma atuação livre, desraigada das vontades eleitoreiras e governamentais, fazendo do processo um instrumento funcional e não limitativo da aplicação da justiça.

Em resumo, como já visto anteriormente, o pedido de tutela antecipada pode ser feito por qualquer um dos sujeitos legitimados, quais sejam, o autor, o oponente, o denunciante, o autor da ação declaratória incidental, o assistente, o autor do chamamento ao processo, o

Ministério Público. Podendo, ainda, ser legitimado o réu, na reconvenção, nas ações de natureza dúplice, na declaratória incidental (quando é o autor), ou quando é recorrente.

Face ao exposto, ao entender a tutela antecipada como um instituto capaz de reduzir o tempo e, conseqüentemente, o ônus processual, não há porque negar sua aplicabilidade de ofício pelo juiz. Fazê-lo seria negar os próprios fundamentos pelos quais a tutela antecipada foi elaborada: trazer celeridade ao processo e propiciar o efetivo acesso à justiça.

5.5.1.2 Prova Inequívoca e Verossimilhança da Alegação

Muita divergência existe com relação a exata conceituação desses requisitos. Em princípio, verificando o sentido literal de cada requisito separadamente, chega-se à conclusão de que são antagônicos, pois prova inequívoca seria uma certeza e não uma verossimilhança.

Lopes (1997, p. 218), tentando solucionar essa questão, diz que: "para que a norma não perca sua operatividade não deverão os juízes interpretar literalmente seu enunciado, mas tomar em atenção a ratio legis e, pois, satisfazer-se com prova segura das alegações do autor".

No mesmo sentido diz Zavascki (1996, p. 76): "O que a lei exige não é certamente, prova de verdade absoluta -, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade".

Conjugam-se os elementos prova inequívoca e verossimilhança: aquela haverá de ser suficiente para emprestar verossimilhança à alegação contida na inicial, que constitui causa de pedir, atrelando-se à verossimilhança da alegação e não à absoluta certeza de procedência da demanda.

Para conciliar as expressões ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança’, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito *probabilidade*, mais forte do que verossimilhança, mas não tão peremptório quanto à exigência da prova inequívoca.

Dinamarco (1998, p. 145) propõe uma leitura em que se toma por sinônimo a verossimilhança por probabilidade:

[...] aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no artigo 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes á aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.

Zavascki (1997, p. 76) também traz no bojo de suas lições a questão da verossimilhança e da probabilidade:

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

Em acórdão do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo decidiu-se que:

[...] as expressões ‘prova inequívoca’ e verossimilhança da alegação’, embora se mostrem contraditórias entre si, exigem um juízo valorativo de alta probabilidade, bem próximo da certeza do direito e completamente afastado da situação de dúvida. Somente assim poder-se-á admitir a presença do

requisito da irreparabilidade do dano do direito alegado, em confronto com a excludente da irreversibilidade do provimento.⁴⁵

Vê-se assim, que a prova inequívoca deve ser visualizada pelo aplicador do direito como suficiente para vislumbrar a verossimilhança, a fim de que reste indubitosa a probabilidade do direito a ser antecipado. Esse grau de probabilidade deve ser alcançado pelo julgador através de uma análise percuciente do processo; valendo-se dos meios de provas existentes nos autos e tendo o devido cuidado de se cercar da maior certeza possível, sem que isso imponha uma cognição exauriente que implique em certeza absoluta do direito e possa até inviabilizar o instituto.

É possível até, em determinadas circunstâncias se valer de uma instrução sumária, sem que isso signifique exaurir o conhecimento da matéria, porém levando em consideração as repercussões que irão refletir na vida e patrimônio dos litigantes.

É claro que não se deve olvidar sobre um conceito resumido da prova inequívoca, podendo ser entendida como aquela tão robusta que não permita equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do julgador o sentimento de certeza.

A prova a ser reunida na análise do instituto pode estar no rol de documentos acostados, pode depender de análise técnica e se fazer necessário uma perícia, pode ainda merecer a ouvida de testemunhas ou pode ser satisfeita com uma simples inspeção do Juiz. As circunstâncias ditarão os meios e cautelas de que o julgador deverá se cercar.

A prova inequívoca é aquela que provoca no magistrado um juízo forte de probabilidade. Ela é clara o suficiente a fim de que, a seu respeito, não possam ser levantadas dúvidas razoáveis. Isto produz no magistrado um juízo de convencimento pleno de efeitos processuais provisórios.

⁴⁵ SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Cível. Agravo de Instrumento nº 466.123/0-00. Relator: Juiz Adail Moreira.

Entretanto, a primeiro plano, fica difícil avaliar se a prova é realmente inequívoca, se existe prova inequívoca. Tal conceito deve ser tirado da própria natureza de relatividade da prova, sendo suficiente um grau de convencimento suficiente para antecipar a medida requerida. Se assim não o fosse, seria um óbice muito grande à concessão da mesma.

Para a concessão da medida pleiteada é imprescindível que haja a presença do risco efetivo e não mero temor do autor. Tem que haver a demonstração que, se a medida não for concedida de imediato, o dano será grave e irreparável.

O receio de dano não é necessariamente iminente. Mas o juiz, a partir das provas apresentadas e da alegação de verossimilhança, através do princípio do livre convencimento motivado, decidirá se o risco compreende a existência de desequilíbrio numa situação concreta a ponto de ensejar a probabilidade ao autor.

Ao peticionar ao juiz requerendo a tutela antecipada não é necessário que o autor demonstre o direito. Esse só será concedido, ou não, ao final do processo. O que se torna imprescindível demonstrar são os fatos sobre os quais recairá o direito. Os fatos são os elementos da prova. O direito será demonstrado nas alegações, mas não constitui objeto da prova. Desta forma, a prova inequívoca recairá sobre os fatos e a verossimilhança sobre as alegações, podendo o juiz conceder a antecipação baseado na demonstração dos fatos.

5.5.1.3 Irreversibilidade do Provimento

Agora nos deteremos a uma análise mais detalhada do requisito que impõe o princípio da reversibilidade. Pelo princípio da reversibilidade é facultado ao juiz a

possibilidade de voltar ao estado que existia antes da concessão do provimento tutelado. Entretanto a reversibilidade do provimento deve ser entendida de forma relativizada.

Neste sentido que se revela a importantíssima questão levantada pelos doutrinadores referente ao § 2º do artigo 273 do CPC com relação à irreversibilidade do provimento. É uma questão amplamente discutida e polêmica que envolve garantias e princípios constitucionais que têm de ser sopesados na resolução dos litígios.

A maioria da doutrina posiciona-se no sentido de se tratar de uma irreversibilidade dos efeitos da tutela e, portanto, uma irreversibilidade fática. Assim se posicionam: Carreira Alvim, Ovídio A. Baptista, Teori Albino Zavascki, Nélon Nery, Cândido Rangel Dinamarco, Arruda Alvim, entre outros.

Sobre a irreversibilidade do provimento, manifesta-se Nery Júnior (1996, p. 77-78):

A norma fala da inadmissibilidade da concessão da tutela antecipada, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as consequências de fato ocorridas pela execução da medida.

Marinoni (1993, p. 79) tem posição um tanto que peculiar sobre o assunto:

Embora o § 2º do artigo 273 afirme que ‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’, o certo é que, em casos excepcionais, o juiz não poderá deixar de conceder a tutela ainda que presente o risco da irreversibilidade. Admite-se 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 pareceu mais provável.

Alguns autores menos liberais entendem que o juiz não poderá conceder a antecipação do provimento quando houver o perigo da irreversibilidade. Assim se posiciona Zavascki (1996, p. 163):

[...] mesmo quando se tratar de provimento reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao *status quo ante* não seja apenas teórica, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Não fosse assim, o perigo de dano não teria sido eliminado, mas apenas deslocado da esfera do autor para a do réu.

A tutela satisfativa de urgência não está disciplinada no ordenamento e, trazer soluções que dependem de regramento para serem aplicadas retardaria ainda mais a definição do já moroso sistema processual. Em contrapartida não podemos esquecer que os princípios constitucionais em jogo, devido processo legal e contraditório, têm de ser respeitados, sob pena de lançar a sociedade a um caos jurídico.

Em virtude de tantas divergências e o reflexo que elas trazem para a sociedade é que justificamos nosso interesse pelo tema. Discussões sobre a irreversibilidade do provimento talvez tragam interpretações que não permitam que o conteúdo da tutela antecipatória seja esvaziado por uma exegese muito restrita. Limitar demasiadamente o âmbito de aplicação da tutela antecipatória, em muitos casos, é limitar a própria prestação da tutela jurisdicional.

Nesse contexto, dúvida alguma pode existir que, de fato, a aplicação da tutela antecipatória, pelo juiz, constituirá, por vezes um dilema. Deferindo ou indeferindo a tutela antecipatória, o juiz assumirá o risco de causar prejuízos a qualquer das partes. De qualquer modo, impensável será a alternativa de o juiz escusar-se de exercer a função jurisdicional que lhe é atribuída. Decidirá, diante da situação submetida à sua apreciação, considerando os argumentos e os valores dos bens envolvidos. É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas não se confunda, entretanto, prudência com medo. A tutela antecipatória fundada no inciso I do art. 273 deve ser aplicada nos limites em que é necessária para evitar um dano e, em casos excepcionais, nos limites necessários para evitar um mal maior, já que o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr o risco de assistir ao mal maior.

Em suma, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação não pode significar um óbice à concessão da antecipação da tutela se presentes os pressupostos que a autorizam. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito.

5.5.2 Requisitos Específicos

Os requisitos específicos restarão observados no preenchimento de uma das seguintes hipóteses: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

5.5.2.1 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

Esta hipótese está prevista no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil. Também é denominada de antecipação assecuratória ou protetiva, pois antecipa por segurança.

Exige-se, como condição para a concessão da tutela antecipada, que exista urgência, ou seja, que a parte não possa esperar o tempo necessário para o provimento final, pois se assim o fizesse correria o risco de não conseguir a satisfação de sua pretensão, ocorrendo um

dano irreparável ou de difícil reparação. É o *periculum in mora* da tutela cautelar, porém não se confunde com esta como veremos adiante.

Greco Filho (1999, p. 910), conceitua o *periculum in mora* como: “a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora do ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva”.

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é risco concreto, atual e grave. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Note-se que tal reparabilidade do dano pode ser auferida tanto do ponto de vista objetivo como subjetivo. Portanto, considera-se irreparável o dano que não permite nem sua reparação específica e seu respectivo equivalente e, também quando o responsável não tenha condições para efetuar sua restauração.

Ademais, sempre que ocorrer a supressão total ou inutilização, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera com a composição da lide, há dano grave e, conseqüentemente, de difícil reparação.

5.5.2.2 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu

Em relação ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, só será possível a averiguação no curso do processo. O abuso do direito de defesa verifica-se

em atos praticados no processo. O manifesto propósito protelatório do réu abrange atos comissivos e omissivos fora do processo. Este dispositivo visa impedir que o réu use do aparato processual para retardar a decisão final. Não há um consenso sobre o significado de abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu.

Theodoro Júnior afirma que ocorre o abuso de direito de defesa quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada, ou contra direito expresso, e ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa.

Dias (1999, p. 79-80) distingue as expressões da seguinte forma:

A referência a abuso de direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por abuso de defesa seriam entendidos os atos protelatórios praticados no processo [...]. Já o manifesto propósito protelatório seria decorrente do comportamento do réu, abrangendo atos e omissões fora do processo, não obstante com ele relacionados.

Importante notar que para caracterizar o inciso II do artigo 273 do CPC não há a necessidade de demonstração do perigo da demora, apenas que o réu está tentando discutir um direito que não lhe pertence, que está fazendo do processo um instrumento de negação e não positivação do direito.

Um outro aspecto interessante de abordar é com relação ao caráter de punição que o inciso II pode aparentar. Nesse sentido as palavras do doutor Silva (1998, p.118-119):

[...] o que o legislador quis significar quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273 não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância de má-fé. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela.

Outra discussão consiste na possibilidade de o réu praticar atos de abuso de defesa ou de propósito protelatório antes da contestação e até mesmo antes da sua citação.

Duas correntes existem na doutrina brasileira. A primeira que entende que só seria possível a antecipação da tutela com fundamento no inciso II do art. 273, após a citação do réu. A segunda corrente, a qual Humberto Theodoro Jr. faz parte, admite a possibilidade da antecipação até mesmo antes da citação, pois o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes.

Consoante entendimento de que cada ato protelatório do réu trará um desperdício de tempo muito grande e, conseqüentemente, um prejuízo significativo ao autor, contribuindo para aumentar a bola de neve da morosidade processual, diante de tais constatações, necessário se faz tomar decisões que inibam tal procedimento. Neste sentido, a aplicação do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, mesmo antes da citação, traria benefícios ao processo, inibindo a conduta procrastinatória do réu.

5.5.2.2.1 A Necessidade do Inciso II do Artigo 273 Frente às Mazelas do Réu

A discorrer sobre a questão das mazelas que o réu pode utilizar para procrastinar o processo, importante citar os artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil em que prevê penalidades àquele que incorre na litigância de má-fé.⁴⁶

Litiga de má-fé aquele que pratica atos manifestamente contrários à administração da justiça procrastinado o processo e ocasionado danos à parte. É um tema que, embora tratado pessoalmente, envolve conceitos éticos e morais. O Código de Processo Civil enumera os deveres dos litigantes⁴⁷ e os controla por meio dos poderes conferidos ao juiz.⁴⁸

Em que pese o caráter eminentemente subjetivista que envolve a matéria, ao juiz não é dado aplicar a pena decorrente da litigância de má-fé sem que explicita a motivação desta decisão. E isso decorre logicamente dos mandamentos constitucionais contidos nos arts. 5º, incs. LIV, LV e XXXV; 37, caput, e 93, inc. IX, da Carta Política de 1988, bem como das regras dos arts. 458, inc. II, e 165 do CPC.

⁴⁶ Lei nº 9.668, de 23.6.98, estabeleceu nova redação para o art. 18 do CPC, dispondo que: “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”. Resolvemos, pois, tecer algumas considerações que reputamos relevantes sobre o tema.

⁴⁷ Segundo o art. 14, são deveres das partes e seus procuradores:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II - proceder com lealdade e boa-fé;
- III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídos de fundamento;
- IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;
- V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁴⁸ Por sua vez, ao juiz o art. 125 confere poderes para:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela rápida solução do litígio;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça ;
- IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

De fato, em qualquer decisão do Poder Judiciário impõe-se a fundamentação, sob pena de prejuízo à defesa do cidadão-litigante, que não terá meios de saber a causa que motivou a sua condenação e a conseqüente imposição de sanção pelo Estado-juiz. E isso, por certo, acarretaria na vulneração dos princípios do *duo process of law*, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, da publicidade dos atos administrativos e da motivação.

A delimitação dessas condutas ilícitas, em relação a todos os sujeitos vinculados ao processo (órgão judicial, auxiliares do juízo, partes e advogados, intervenientes eventuais, etc.) se encontra submetida ao princípio sintetizador da boa-fé e lealdade, que pressupõe o respeito a um determinado paradigma de moralidade que se identifica com a dignidade da justiça.

A responsabilidade pela adequada repressão à má-fé processual e pela necessária valorização do processo justo repousa muito mais sobre o julgador do que sobre o legislador. Este pôs nas mãos daquele poderosos instrumentos éticos para moralizar o processo e tornar a prestação jurisdicional compatível com os anseios do Estado Social e Democrático.

Entretanto, mesmo havendo as culminações em multas devidas àqueles que procrastinam o processo, estes artigos não são suficientes para inibir tais atitudes. Isto porque não têm o condão de antecipar nenhum pedido do autor. Este, mesmo quando evidenciado seu direito, continua sem a obtenção de seu direito material.

Destarte, o inciso II do artigo 273 do CPC, cuida de aferir a plausibilidade às defesas provavelmente oponíveis à pretensão, considerando que não é justo que a parte autora espere até o fim da realização de uma cognição exauriente e plenária para ver um direito reconhecido quando, *prima facie*, verifica-se que este será o desfecho da demanda.

5.6 A Executividade da Tutela Antecipatória

O § 3º do art. 273 prescreve que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. Ressalta-se que essa norma somente será aplicada "**no que couber**".

O art. 588 refere-se a execução provisória da sentença e seus princípios. Daí, conclui-se a execução da tutela antecipada será sempre provisória. Aqui, então, presente mais um motivo que desabona o juiz que deixa de conceder a medida antecipatória com base no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, alegando o perigo da irreversibilidade. Se a execução é provisória, isso implica em dizer que é reversível a qualquer tempo, bastando haver o pedido da parte.

Na verdade, a execução provisória pode ser chamada de efetivação provisória vez que ainda não se tem um título executivo.

A reforma promovida no artigo 588 do Código de Processo Civil acelerou e tornou mais concreta a satisfação do direito reconhecido no pronunciamento judicial ao autorizar o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, uma vez prestada caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução (inciso II), salvo nos casos de crédito de natureza falimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo ou quando o exequente se encontrar em estado de necessidade (§2).

Ferreira (2000, p. 176), ressalta que a execução normalmente será realizada nos próprios autos, salvo na hipótese de deferimento por juízo superior em grau recursal ou quando proferida na sentença ou pouco antes desta, devendo ser extraída carta para

possibilitar a execução. Por ser execução *lato sensu*, há a impossibilidade de ajuizamento de embargos à execução.

A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, conforme o § 4º do art. 273. Entretanto, há entendimento de que esta modificação não pode ser efetuada sem requerimento da parte. O juiz não pode agir de ofício para alterar ou revogar sua decisão.

Esta alteração ou revogação da tutela antecipada pode ser pleiteada pela parte através do agravo ou, independentemente deste quando modificado o quadro fático que originou a concessão da tutela. Neste sentido, Marinoni (1999a, p. 218):

Este sistema binário, para bem funcionar, deve supor que os pressupostos para a revogação-modificação da tutela nada tem a ver com a matéria que pode ser posta no agravo. As razões que permitem a revogação ou a modificação da tutela, quando não interposto o agravo, são as “novas circunstâncias”, vale dizer, são “outras razões”, no sentido de “razões” que antes não podiam ter sido apresentadas.

Não é somente a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou a revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre a situação de fato. É o caso da produção da prova que pode alterar a convicção do julgador acerca da situação fática.

No mesmo sentido, Wambier (1997, p. 546-547): “[...] quando não interposto o agravo, o juiz só pode revogar ou modificar a tutela com base em novas circunstâncias. Inclui-se no conceito de novas circunstâncias também a alteração substancial no quadro probatório”.

Da mesma forma, um pedido de reconsideração da decisão que concedeu ou não a tutela antecipada, não poderia ser apreciado pelo juiz, pois neste caso ocorreu a preclusão *pro judicato* e como o pedido de reconsideração não é tecnicamente provocação da parte, o juiz nada poderia decidir.

Ferreira (2000, p. 183) tem entendimento diverso:

Complementando e justificando a linha de raciocínio empregada, pode-se também verificar que a apreciação do pedido de antecipação de tutela é passível de impugnação recursal, razão pela qual não teria cabimento, além do juízo de retratação (art. 529), permitir-se ao juiz mudar de opinião antes ou após o pronunciamento da instância superior, que poderá, revendo a decisão (efeito devolutivo), manter ou alterar a decisão de primeira instância impugnada (efeito substitutivo), sintonia que deve ser mantida, mesmo inexistindo impugnação recursal. Mesmo a decisão proferida pelo tribunal no julgamento do agravo de instrumento não impedirá que, na sentença, o juiz profira decisão diversa, o que corrobora a ressalva acima para não se confundirem decisões resultantes de cognição sumária com a sentença em que há cognição exauriente e, frise-se, definitiva.

Portanto, o juiz não pode modificar ou revogar a tutela antecipada, *ex officio*, necessitando para tanto da provocação da parte. Cabe ressaltar que incoerente este posicionamento se adeptos da corrente de que o juiz pode e deve conceder a tutela antecipada de ofício. Ilógico seria negar-lhe poder para rever sua própria decisão se, com o andamento processual, restou claro que esta deva ser revogada ou modificada.

A antecipação da tutela diante da sentença de improcedência e da extinção do processo sem julgamento do mérito cria duas situações: quando esta extingue o processo, sem julgamento do mérito, ou quando esta declara a improcedência do pedido do autor, ainda que não se manifeste expressamente sobre a antecipação.

Este posicionamento é defendido por Talamini (2001, p. 291):

[...] a manutenção da antecipação, que pressupõe juízo de plausibilidade favorável ao beneficiário da medida, e a sentença que lhe foi desfavorável, que descarta necessariamente tal plausibilidade. Daí ser até mesmo supérflua a expressa menção a revogação da medida urgente, na sentença de improcedência.

Marinoni (2000b, p.162-163), entretanto, posiciona-se de forma diferente:

[...] se é justo impedir o autor de executar a sentença - que declarou seu direito - para se preservar a esfera jurídica do réu, não há razão para não se reputar justa a manutenção da tutela inibitória antecipada - no caso em que a sentença declarou inexistente o direito que foi suposto na tutela sumária - quando se teme que o autor possa ter seu direito violado.

Defende, ainda, a manutenção da tutela antecipada mesmo em face de improcedência quando houver demora processual: (MARINONI, 2000a, p. 221)

A tutela antecipatória não deve ser tão excepcional quanto imaginam alguns, já que a demora do processo, principal responsável pela crise da justiça civil, não só excepcionalmente põe em risco os direitos. Exigir uma evidência que torne impossível a antecipação da tutela é uma opção distante da realidade da justiça civil; uma opção cômoda mas não séria. Afinal, o juiz ciente da sua responsabilidade sabe que pouca coisa pode ser mais injusta do que uma vitória processual que signifique uma derrota no plano da realidade social. Aliás, não custa lembrar o alerta de Piero Pajardi, em testemunho de jurista e de Presidente da Corte de Apelação de Milão: de garantismo se morre!

Silva (2000, p. 124) traz um posicionamento peculiar diante da configuração de tal situação:

[...] não se leva em consideração a circunstância de que a revogação prematura do provimento liminar, ou mesmo da medida cautelar concedida em sentença final cautelar, deixará o direito litigioso sem qualquer proteção assegurativa (sic) durante a tramitação dos recursos, em muitos casos extremamente demorada, de tal modo que a reformada sentença, nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito somente agora reconhecido em grau de recurso. Para que situações desta espécie sejam evitadas, recomenda-se que o magistrado - sensível as circunstâncias especiais do caso concreto - disponha, em sua sentença contrária a parte que obtivera a provisional, que esta medida liminar, não obstante a natureza do julgamento posterior divergente, conserve-se eficaz até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida no juízo do recurso. Esta parece ser a tendência contemporânea da doutrina italiana [...].

Do exposto conclui-se que a demora processual é antagônica à ordem jurídica justa que tem direito o cidadão que busca, no Estado, amparo a sua pretensão. Uma resposta intempestiva, mesmo positiva, pode causar um dano irreparável à vida do indivíduo.

5.7 A Concessão da Tutela Antecipada com Relação à Parte Incontroversa

Preambularmente cabe ressaltar que, se não fosse o excessivo apego às formalidades processuais, desnecessário seria a abordagem desse item. Isto porque, o assunto é tão óbvio que não necessita de lei para se concluir o que é evidente. Se existe uma parte da demanda que não está em discussão, não é negada, não há porque não conceder a tutela antecipada! Entretanto, o excessivo apego ao formalismo, faz com que, mesmo coisas tão evidentes, necessitem de lei para regulá-las.

O processo tem como escopo primeiro a prestação efetiva, tempestiva e eficaz da tutela jurisdicional. A efetividade só se manifesta quando o juiz consegue compor o litígio entre as partes e oferecer uma solução que torne mais brando possível o ônus processual carregado pelo autor. O ideal seria que não houvesse o litígio, que cada parte cumprisse com sua obrigação.

Entretanto, dada a inadimplência da obrigação, cabe ao Judiciário prestar a tutela da forma mais rápida possível. Todavia, sabe-se que não é assim que acontece. A solução da controvérsia entre as partes demanda tempo. O juiz precisa que lhe sejam trazidas provas para que forme seu convencimento.

Contudo, às vezes, determinada parte do processo deixa de ser controvertida ou porque o réu não contestou alguns dos fatos alegados, ou porque reconheceu parte da pretensão do autor, ou, ainda, porque houve cumulação de pedidos e alguns já estão aptos para serem decididos, ou seja, a prova já foi produzida e o juiz já formou seu convencimento.

Nesses casos, quando não há controvérsia, não é justo que o autor tenha que esperar até o julgamento final para ver satisfeita sua pretensão.

Como o réu, mesmo quando não há pontos controvertidos, dificilmente cumpre espontaneamente a sua obrigação, o autor fica prejudicado tendo que esperar até a prolação do provimento final.

O autor, nesses casos, apesar de ter razão e ter demonstrado que o seu direito é melhor do que o do réu, é prejudicado pela demora do processo. Enquanto que o réu, que não tem razão, é beneficiado, protelando o cumprimento de sua obrigação até o término do processo.

A doutrina brasileira moderna, visualizando a dificuldade e até mesmo a injustiça dessas situações, discute sobre a possibilidade da antecipação da tutela com relação à parte incontroversa da demanda, com fundamento no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil, visando um processo mais eficaz.

Nesse sentido, as palavras de Marinoni (2000b, p. 153):

Se o tempo do processo é algo ineliminável, exatamente porque o Estado precisa de tempo para averiguar a existência dos direitos, também é verdade que a demora do processo constitui um custo muito alto para a parte que tem razão. Custo que pode significar angústia, ansiedade, privação, necessidade e até mesmo miséria. Dessa forma, o jurista tem o dever de buscar soluções para que possam ser eliminados, ao menos em parte, os males acarretados pela demora do processo, sabido que, como dizia Carnelutti, processo é vida.

As hipóteses em que é possível a antecipação da tutela são: não contestação de alguns fatos, reconhecimento parcial da pretensão do autor e a cumulação de pedidos.

Quando o réu contesta genericamente, ou não contesta um ou alguns dos fatos alegados pelo autor, é possível, a requerimento da parte, que o juiz conceda tutela antecipada com fundamento no inciso II do art. 273, já que se visa impedir que o réu abuse de seu direito de defesa, protelando a realização de direitos incontroversos. A cognição, neste caso, será exauriente pois não haverá mais provas a serem produzidas e o juiz analisará o pedido em toda a sua profundidade.

O mesmo ocorre quando o réu reconhece juridicamente uma parte do pedido, um ou alguns dos pedidos do autor. A parcela do pedido reconhecida é incontroversa e pode ser antecipada a requerimento da parte, com fundamento no art. 273, II, do Código de Processo Civil. Ressalte-se que, neste caso, além dos fatos, o réu reconhece o direito do autor, vinculando a decisão do juiz. Da mesma forma, a cognição será exauriente.

Outra hipótese ocorre quando existem pedidos cumulados e um ou alguns deles já se encontram devidamente provados, seja porque a questão é apenas de direito, ou sendo de fato não precisa da dilação probatória, enquanto que o outro pedido ou os demais pedidos necessitam da instrução probatória. Assim, o juiz, a requerimento da parte, poderá conceder a tutela antecipada com relação ao pedido que já está devidamente provado. Aqui também a tutela antecipada é concedida com fundamento no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil.

A possibilidade da tutela antecipada nestes casos se justifica porque é injusto fazer o autor (que tem razão) suportar o ônus da demora do processo, enquanto que o réu não cumpre espontaneamente a sua obrigação que já ficou incontroversa.

A decisão que concede a tutela antecipada, nos casos em que não existe mais a controvérsia, é fundada em cognição exauriente, já que o juiz analisará essa parte da demanda em toda a sua profundidade, enquanto que normalmente a tutela antecipada é concedida com base em cognição sumária. Disto decorrem algumas conseqüências.

A concessão da tutela antecipada, em que pese ser uma decisão interlocutória, produzirá coisa julgada material, pois as partes não poderão discutir novamente a parcela antecipada num momento posterior, no caso da parte incontroversa.

Conseqüência disto é a impossibilidade de revogação ou modificação da tutela antecipada, pois esta não foi concedida em mero juízo de probabilidade, mas sim de certeza. Por esse mesmo motivo, não se exige a reversibilidade como requisito para a concessão.

A execução da decisão que conceder a tutela antecipada quando relacionada à parte incontroversa da demanda não precisará ser provisória, poderá ser definitiva, pois a decisão não poderá ser alterada. A possibilidade de recorrer da decisão que conceder a tutela antecipada fica mais restrita nas hipóteses da não contestação e do reconhecimento parcial do pedido.

Na não contestação, o réu não poderá recorrer com fundamento nos fatos que não foram contestados pois, quanto a estes, ocorreu a preclusão temporal, mas poderá recorrer quando entender que dos fatos não contestados não decorre aquele direito conferido pelo juiz na tutela antecipada, ou ainda, poderá recorrer para alegar matérias que impossibilitam a presunção de veracidade (art. 302, I, II, III, CPC).

No reconhecimento jurídico parcial do pedido, o réu não poderá recorrer para impugnar a parcela do pedido que foi reconhecida, pois se operou a preclusão lógica, mas poderá fazê-lo quando não concordar com os efeitos conferidos pelo juiz à parte do direito reconhecido.

Porém, a preclusão não ocorre quando a tutela antecipada é concedida com relação a um ou alguns dos pedidos cumulados, pois o réu não anuiu com a pretensão do autor.

O processo prosseguirá quanto à parte do pedido que ainda está controvertida, não precisando o juiz, na sentença, se referir àquela parte que já foi decidida quando da concessão da tutela antecipada.

Em suma, para a concessão da tutela antecipada com relação à parte incontroversa da demanda é necessário: a) o requerimento da parte, b) uma parcela da demanda incontroversa, seja pela não contestação, pelo reconhecimento parcial do pedidos ou pela existência de pedidos cumulados, c) decisão fundamentada do juiz.

Essa nova forma de tutela antecipada, quando não está presente a urgência, é mais um passo em direção aos objetivos de efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional.

É injusto fazer com que o autor espere até a sentença para ver satisfeito um direito que já está incontroverso, já que ele é a parte mais onerada pela demora do processo. Somente com a possibilidade da tutela antecipada com relação à parte incontroversa da demanda tal situação pode ser modificada, distribuindo de forma igual, entre autor e réu, o ônus de suportar a demora do processo. O réu suporta àquela parte que já está incontroversa, e o autor somente arca com a parcela do pedido em que ainda existe a controvérsia.

Com o instituto da tutela antecipada, procura-se concretizar os princípios da efetividade, tempestividade, instrumentalidade, acesso à justiça, isonomia processual, e acima de tudo, alcançar a tão almejada “*justiça*”. E esta, muitas vezes, só poderá ser alcançada com a distribuição igualitária da demora do processo às partes demandantes, como ocorre quando se concede a tutela antecipada com relação àquela parcela da demanda que já está incontroversa.

5.8 A Tutela Antecipada e a Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica manifesta-se nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, permitindo a influência dos demandantes no convencimento do juiz. É um princípio que anda de mãos dadas com a ordem jurídica, não necessariamente, a “ordem jurídica justa”.⁴⁹

⁴⁹ É em nome da segurança jurídica que se quer assim manietar o juiz e minimizar a função judicial. Sucede que esse juiz-computador, esse aplicador mecânico de normas, cujo sentido não lhe é dado aferir, e cujos resultados na solução dos casos concretos lhe é defeso indagar, este juiz assim minimizado e desumano, não é, de forma nenhuma, capaz de realizar a segurança jurídica. Preso a uma camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade social e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica”. (AZEVEDO, 1999, p. 25)

A segurança jurídica pode ser tomada como um conjunto de proteções aos direitos e efetiva possibilidade de restauração de direitos violados e cumprimento dos deveres jurídicos. É uma forma que o ordenamento jurídico consagrou como garantidora de que qualquer violação na ordem será prontamente restabelecida através da aplicação da lei. É uma certeza dada à sociedade de que as regras serão cumpridas de forma a garantir-lhe e assegurar-lhe os direitos.

Importante ressaltar a idéia de como surgiu o mito da segurança jurídica. E, nesse sentido, o doutor gaúcho Silva (1997a, p. 114):

Estas premissas ideológicas - o Estado artificialmente criado pelo Homem, para preservá-lo da insegurança do 'estado da natureza', a lei como exclusiva medida da justiça; a demonstrabilidade das equações geométricas - foram decisivas para a preservação do conceito e limites da função jurisdicional moderno. Com efeito, o abandono das concepções clássicas, de vertente aristotélica, o menosprezo pela dialética, como ciência do convencimento e da retórica, em favor dos juízos lógicos com pretensão a verdades científicas absolutas, formam os pilares que sustentam o chamado Processo de Conhecimento, cuja natural consequência são os juízos pretensamente definitivos de certeza e o consequente repúdio aos juízos de verossimilhança.

A segurança jurídica oferece um certo conforto à sociedade. Conforto este traduzido na certeza de que o indivíduo poderá programar sua vida sem temer reviravoltas jurídicas. Traduz a convicção de que seus direitos serão protegidos e respeitados, dentro de uma linha de previsibilidade, sem surpresas.

Diversos institutos jurídicos perseguem o reinado da segurança na convivência humana, como por exemplo: o princípio de que a ignorância do direito não desvincula o sujeito do seu cumprimento, a irretroatividade da lei, igualdade de todos diante da lei, proteção de direitos adquiridos, coisa julgada etc.

No campo do direito processual simplificou-se o conceito de segurança jurídica dizendo que sua consistência resume-se em assegurar a observância das normas

procedimentais, propiciando às partes litigantes ampla participação no processo até a decisão final. Logo, as partes têm o direito a uma cognição exauriente sobre a causa, só sendo permitida a interferência definitiva na esfera jurídica de cada um após o trânsito em julgado da sentença.⁵⁰

Na sociedade em que as mudanças ocorrem muito rapidamente, a previsibilidade é um fator de extrema importância para o indivíduo. Funciona como se fosse uma tábua de salvação. E, como se fosse um mito cultivado através do tempo, tem-se que a segurança jurídica só poderá ser alcançada através de uma cognição exauriente. Entretanto, esta demanda tempo, fator extremamente valoroso na sociedade Moderna.

E, importante lembrar que, mesmo através da cognição exauriente, não é possível afirmar com certeza que a decisão do magistrado tenha sido a mais acertada, ou a mais justa. Como já foi explanado no início do trabalho, o juiz traz para sua vida profissional uma carga de preceitos acumulados ao longo de sua vida. Por mais que se prime por sua imparcialidade, esta será relativa às partes, não à demanda. A cada caso julgado, toda uma trajetória de casos análogos ali se juntam. O juiz sempre julgará com o fator da probabilidade de sua decisão ser a mais acertada e, nunca, a com a certeza real.⁵¹

A segurança jurídica traduz-se em regras que buscam proporcionar maior estabilidade nas relações por meio de definições prévias sobre a constituição dos direitos, seu exercício, garantias e delimitações.

⁵⁰Neste diapasão, “imagina-se que os juízos de certeza exigidos do julgador pelo Processo de Conhecimento (ordinário), sejam a fórmula capaz de clarificar, através de um ato de pura inteligência, a vontade do legislador, confirmando o pressuposto de que o juiz é tão somente a boca que pronuncia as palavras da lei ou, como disse Chiovenda, o juiz atua a vontade concreta da Lei (Instituições, cit1, p. 42), nunca a própria vontade”. (SILVA, 1997a, p. 198)

⁵¹Dirão, os que proclamam as virtudes do procedimento ordinário, que os juízos que o magistrado fizer, antes do completo encerramento da causa, serão baseados em verossimilhança, porquanto lhe faltariam as informações capazes de permitir-lhe um juízo de certeza. A objeção, porém, por si só se anula. Se o procedimento ordinário desse ao julgador as condições conhecer – com certeza – a “vontade da lei”, então não teríamos como justificar o número extraordinário de recursos contra esse julgamento e menos ainda justificar a descoberta de outra “vontade da lei”, nos casos em que o tribunal do recurso venha a reformar a sentença. (SILVA, 2004, p. 28)

Porém, em dado momento, não se pode falar em segurança jurídica se a sentença vier a ser ineficaz, inócua dado o transcurso do tempo que levou para ser prolatada. O indivíduo ao iniciar um processo quer recuperar para si o bem que injustamente permanece na esfera de outro. E esta recuperação tem que ser efetuada em tempo hábil, já que a demora de um longo processo de conhecimento e uma posterior execução podem significar que apenas o réu tem segurança no processo.

A segurança jurídica só é conveniente quando cobre com sua proteção ambas as partes demandantes. E, nesse sentido, tem que ser compreendida como uma garantia de que o juiz tomará a decisão mais justa quando não prejudicar uma das partes em busca da certeza jurídica.

Muitas vezes, em nome da certeza jurídica, faz-se do longo processo de conhecimento, um calvário àquele que tem seu direito postergado, sofrendo dano duplamente: primeiro por ter aquilo que lhe pertence longe da esfera do seu patrimônio e, segundo, por ter que arcar com um exaustivo e oneroso processo para reaver aquilo que lhe é de direito.

Silva (2004, p. 27), ao falar sobre o processo de conhecimento aduz:

O chamado processo de conhecimento, na verdade processo somente “declaratório”, vocacionado para demandas *plenárias*, é o instrumento dessa ideologia. É através do “processo de conhecimento”, *ordinário* por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o curso da causa, para somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo sonhado juízo de certeza. Ao contrário dessa ingênuo ilusão, o juiz começa a formar seu convencimento desde o momento em que a causa lhe é atribuída. Seu julgamento muitas vezes está formado já no momento em que se encerra a fase postulatória.

Constata-se, pois, que a cognição plena que supostamente traz a segurança jurídica é incompatível com a efetividade da jurisdição, principalmente quando a situação exige a tomada de uma decisão urgente.

Assim como vários conceitos tiveram que ser alterados devido às transformações ocorridas com a modernização da sociedade, o conceito de segurança jurídica também tem que ser repensado. Ele atendia às necessidades de uma sociedade com situações menos complexas, em que o tempo não tinha um significado de perda tão grande.

Atualmente, com o aceleramento nas transmissões das informações, em segundos pode se propagar um fato pelo mundo todo. E, nesse ritmo, o juiz não pode se dar ao luxo de esperar por uma cognição plena para tomar uma decisão. Ele terá que fazê-lo sacrificando um direito em prol de outro mais provável. Terá que postergar o contraditório e a ampla defesa para que sua decisão não cause um dano ainda maior ao já causado pelo fato.

Sopesando e relativizando os direitos em jogo, através da aplicação de tutelas urgentes, será possível falar em instrumentalização do processo, alcançando o princípio da celeridade e efetividade, sem prejudicar as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa. As tutelas de urgência irão concretizar, materializar os direitos fundamentais.

5.9 O Papel do Juiz no Processo

Como foi visto até agora, o acesso à justiça é mais que o mero acesso aos balcões do fórum. Ele está intrinsecamente ligado ao dever/poder do Estado em desempenhar com eficiência a função a qual avocou para si, como pacificador dos litígios e prestador da tutela jurisdicional.

Até então foi possível averiguar que esta prestação da tutela jurisdicional também não implica apenas no cumprimento legal. A prestação da tutela jurisdicional, amparada amplamente pela Constituição Federal, engloba uma tutela efetiva, tempestiva e eficaz,

oportunizando a todos os indivíduos o acesso digno ao melhor serviço que possa ser prestado pelo Judiciário.

A Constituição Federal protege os direitos de igualdade para que estes, sendo comuns a todos os indivíduos, possam proporcionar um processo equânime aos demandantes. Protege, também, dentre vários outros princípios, o princípio da celeridade processual objetivando um processo justo e rápido.

Assim sendo, o juiz, pessoa que age em nome do Estado e pago pelo povo, tem duplamente a função de exercer suas atividades parcialmente quanto às partes e imparcialmente quanto à demanda, trazendo para o processo a desigualdade para igualar, se necessário, equalizando o máximo possível a situação processual para que não haja injustiça.⁵²

O professor Watanabe escreveu um estudo sobre o Acesso à Justiça e Sociedade Moderna em que concluiu com a assertiva de que o acesso não se limita à mera provocação do Poder Judiciário e sim, “é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”.

Watanabe considerou como dados elementares do direito à ordem jurídica justa alguns fatores tais como o direito do indivíduo à informação, adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país, direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos e direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.

⁵² Silva (2004, p. 45) citando Stuart B. Schwartz (Burocracia e sociedade no Brasil colonial, trad. do original inglês, Ed. Perspectiva, São Paulo, 1979, p. 205) “Supunha a Coroa, como diz nosso autor, ‘que o magistrado pudesse funcionar num vácuo social, isento de pressões familiares, de amigos e interesses. Era uma idéia utópica, para não dizer o mais’, e, não obstante, essa ideologia permanece firme em nossa cultura judiciária. Este isolamento do magistrado que busca distância até mesmo dos advogados da causa, além de fortalecer o acentuado corporativismo da instituição, favorece o espírito burocrático, tão acentuadamente presente em nosso Poder Judiciário, na medida em que o juiz, por força desse isolamento social, conserva-se um elemento de organização de quem se torna dependente, através de um sufocante sistema de controle recursal. A perda de

Essa visão da “ordem jurídica justa” traz outra performance para o juiz. Suas novas responsabilidades para com a sociedade vão além da simples condução do processo. Para isso já pode ser usada a cibernética. O processo não necessita de robôs que dêem sempre a mesma sentença, sem mudar uma vírgula, só porque o caso é análogo. O processo precisa de indivíduos ousados, capazes de chamar a responsabilidade para si e adequar a lei ao caso concreto atendendo a materialização do direito.

O juiz tem que ser atual, assim como a sociedade, garantindo-lhe o provimento jurisdicional e atendendo os novos valores que se consubstanciam. A impressão que dá é que quando se assume um cargo assim como este, deixa-se de fazer parte da sociedade e passa a ser um alienado social. E não deveria ser assim. O juiz é partícipe da sociedade e, como tal, não pode ficar alheio aos problemas sociais.

A atuação do juiz de forma consciente é primordial na concretização dos direitos fundamentais. Um juiz participativo dos problemas sociais consegue trazer para o processo igualdade entre as partes proporcionando oportunidades iguais.⁵³

O processo, enquanto instrumento necessário para a concretização dos direitos, não pode ser estático. Assim, também, aquele que o conduz tem que ser dinâmico, não pode ficar inerte frente às injustiças sob pena de provocar maiores danos que os já ocasionados ao demandante.

A Constituição Federal traz em seu caput, inciso I, a igualdade de todos perante a lei, impondo aos poderes a responsabilidade de dirimir as desigualdades sociais e assegurar a isonomia entre os indivíduos como objetivo fundamental da República.

A preocupação com a imparcialidade do magistrado é tamanha que faz dele um ser estéril, incapaz de inovar e mostrar sua potencialidade. Imparcial é o juiz que não tenha

legitimidade social de nossos juízes é uma das tantas conseqüências do modo como o Poder Judiciário inseriu-se no poder burocrático, próprio do Estado contemporâneo.

interesse no objeto do processo nem queira favorecer uma das partes, o que não quer dizer que não tenha interesse que sua sentença seja justa e que atue com esse compromisso.

Parcial é o juiz que, diante de uma desigualdade ou injustiça cruza os braços e espera que a lei faça o que é de sua obrigação, causando desequilíbrio processual e danos à parte. O juiz burocrata, ortodoxo, extremamente ligado ao formalismo não atende mais às necessidades da sociedade.

O direito processual, regido por princípios publicistas, impõe ao juiz um papel ativo, próprio da sua função social, devendo estimular o contraditório, suprindo as deficiências das partes, superando as desigualdades.

Portanova (1999, p. 79), o próprio símbolo da justiça merece ser revisto:

Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há que negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las.

Dessa forma, o juiz tem que se prostrar como um disseminador do Direito e, para tal, até mesmo a linguagem utilizada em suas sentenças tem que ser mais acessível ao linguajar da sociedade. Não precisa ser arcaica, cheia de termos rebuscados ou, às vezes, com expressões em latim, que até mesmo os advogados têm dificuldade em decifrar. A simplicidade e a elegância vernacular são características do conhecimento. Termos complexos e confusos demonstram que o pensamento não foi bem esquematizado e, portanto, não poderá ser expresso com clareza e propriedade.

Assim, o juiz tem papel importantíssimo na questão do acesso à justiça. Ele como representante do Estado e intermediador da justiça entre as partes, tem o dever de igualar as

⁵³ Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de Justiça?. (DALLARI, 2002, p. 80)

diferenças entre as mesmas e proclamar uma sentença rápida, clara e efetiva, materializando o direito e cumprindo com os princípios constitucionais garantidores da pacificação social.

Nas palavras de Pereira Filho (1999, p. 26):

A intenção, no momento, é demonstrar que as exigências sociais cada vez mais em ascensão e as conseqüências desastrosas para o Estado em não atendê-las satisfatoriamente, como descrédito, criação de justiças paralelas, distúrbios etc, contribuíram, sobretudo, para um repensar na administração da justiça e, principalmente, no papel do juiz, se de fato seria ele um simples aplicador da lei ou se deveria, acima de tudo, ser um agente político que, junto com as partes em juízo, aplicaria a justiça, ao servir-se do processo e não somente da lei material.

O momento histórico exige um magistrado mais atuante, menos distanciado da comunidade. Presente e transparente, não mais o asséptico e inatingível aplicador da letra fria da lei.

E conclui Pereira Filho (1999, p. 179):

Desde a antiguidade é inquirido sobre o que seria melhor: leis justas aplicadas por homens injustos ou, leis ainda que injustas, aplicadas por homens justos. Evidentemente, o ideal é ter leis justas e homens justos. Porém, na impossibilidade, o bom senso e a coerência levam a optar por homens justos, capaz de lapidarem a lei injusta.

E é esse perfil que espera os juízes assumam. Não meros aplicadores da lei. Mas justos aplicadores da lei.

CONCLUSÃO

A questão que envolve a efetividade do processo não é algo novo, embora tratada sob égides diferentes ao longo dos séculos. A expressão acesso à justiça surgiu nos anos 80 e despertou a atenção de vários processualistas para o estudo do tema. No Brasil ganhou destaque em 1988 com a Constituição Federal. A partir de então, várias obras foram escritas abordando a questão da formação da estrutura judiciária, sua relação com o acesso efetivo à justiça e mecanismos que possam diminuir a lentidão do Judiciário.

Através das várias idéias de justiça abordadas, percebe-se a grande preocupação com o que é justo. Por mais que possam parecer divergentes os ideais de justiça, vê-se que esta é sempre informada pelo princípio da igualdade, do equilíbrio entre as partes, da ordem. Nesse sentido, convergentes seus princípios com os da instrumentalização do processo através da tutela antecipada e da ordem jurídica justa.

Observa-se que, embora a aplicação da justiça tenha sido sempre uma preocupação dos juristas e pensadores, tal fato não impediu que a sistemática processual se organizasse de fato a propiciar não apenas o acesso formal, mas substancial ao direito material.

Neste sentido, o sistema processual, de forma geral, não precisa de mais leis. As que têm são mais que suficientes. Como se observou em um dos capítulos, temos até legislação internacional cuidando do acesso à justiça. A prestação jurisdicional tem que ser célere, justa e efetiva e, para tal, contar com técnicas aptas a anteciparem os efeitos da tutela pretendida, tal como a tutela antecipada.

É interessante observar que, para poder funcionar um mecanismo, o sistema judiciário precisa de ajustes que possibilitem uma organização judiciária mais comprometida com a produtividade e a prestação de uma justiça mais célere.

Muitas vezes a efetividade do processo fica comprometida por falta de eficiência administrativa. Isso porque, desde o início da organização judiciária, a burocracia servia para aqueles cidadãos comuns que tinham seus direitos lesados e dependiam de um longo trâmite judicial para tê-lo de volta a sua esfera patrimonial. Aos donos do poder sempre foi facultada facilidades e favores pessoais muito bem recompensados e procedimentos especiais para acolherem suas pretensões.

Outro ponto que dificulta o acesso à justiça e também está ligado ao funcionalismo público, é o isolamento da magistratura em relação à realidade político-social, tornando-a inábil para atuar como transformadora da realidade social.

O juiz tem papel fundamental no in(acesso) à justiça. Não pode se acomodar como mero figurante no processo e prolatar a sentença alienado à realidade. É um produtor de modificações sociais. Uma sentença bem fundamentada pode ser veículo de importante modificação social.

Na atual conjuntura político-social, o juiz não pode se prostrar socialmente neutro. O Direito não pode ser apenas fruto do arbítrio humano sob pena de dissociar-se da realidade e tornar-se uma estrutura burocrática a serviço da classe dominante, comprometendo toda a estrutura social.

O Judiciário, de forma geral, tem que ser um órgão político e socialmente ativo. Tem que zelar para que o acesso à justiça seja efetivo e não apenas formal. Sua distribuição interna de poderes têm que estar organizada de forma a estabelecer da melhor forma possível um bom andamento processual e um bom relacionamento com a sociedade, já tão aviltada pelos desmandos do poder.

O pensamento ocidental idealizou um processo priorizando o Direito Privado, atendendo os anseios da sociedade positivista do Estado Liberal e ocasionando uma cisão entre mundo jurídico e realidade fática.

Entretanto, as inúmeras modificações produzidas pelas transformações sociais, principalmente nos últimos séculos, fizeram com que essa visão liberalista soasse ultrapassada, não atendendo mais os inúmeros conflitos sociais que surgem a cada momento.

De todas as formas possíveis de abordar o tema ora tratado, vê-se, sempre, sua contínua e estreita ligação com a função estatal. Por isso, não é possível desvincular o processo da política. Ambos estão ligados e dependentes. Um depende da atuação do outro para funcionar.

Aqui, então, a razão de toda a abordagem temática ter iniciado mesmo antes da colonização brasileira e ter feito um retrospecto de como foi a organização judiciária portuguesa até os dias atuais. Não há como discutir a celeridade processual sem compreender que, na verdade ela existe, mas protege apenas interesses especiais de pessoas ou grupos de pessoas que têm a seu favor a máquina política.

Até o nascimento do Estado Democrático de Direito, enquanto vigia a visão liberalista de Estado, o processo privatista lento e moroso satisfazia. Com os novos reclames sociais e, principalmente com a constitucionalização processual, os direitos ficaram mais claros e conhecidos e a demora processual passou a ser amplamente discutida e rejeitada.

Em uma sociedade em que *tempo é dinheiro* e as informações giram o mundo em questão de segundos, a falta de celeridade nas decisões acarreta danos irreparáveis ao indivíduo.

Refletindo sobre a questão dialética que se tornou o processo e o tempo, observou-se a necessidade de criar um instituto capaz de agilizar os trâmites processuais, dividindo o ônus processual às partes litigantes. Surgiu, no ordenamento brasileiro, a chamada tutela antecipada, instituto hábil a superar os efeitos perniciosos do decurso do tempo e em perfeita consonância com os princípios constitucionais e processuais que militam em prol de uma prestação jurisdicional efetiva.

Sem o romantismo de que seja a solução para todos os problemas envolvendo tempo e processo, como já foi constatado, a grande herança portuguesa dos favores e apadrinhamentos ainda persiste, bem como os resquícios de uma política coronealista e corrupta. Mas a tutela antecipada surge como um instrumento capaz de prevenir muitas injustiças provocadas pela demora processual.

Assim nasce para toda a colcha de retalho que se tornou o Direito Processual Civil, a esperança de que a tutela antecipada possa tornar a decisão legal e justa, distribuindo o tempo processual entre as partes litigantes com o intuito de que o ônus não recaia apenas sobre uma delas, a tão esperada ordem jurídica justa.

Entretanto, mesmo passados mais de dez anos de sua criação, o instituto da tutela antecipada ainda é aplicado timidamente. Às vezes por receio, outras por ignorância, o instituto é constantemente negado pelos juízes que, por via oblíqua, negam a própria da justiça.

E mais uma vez ressalta-se que não basta formalizar o acesso à justiça. O acesso tem que ser efetivo e concreto para que não se torne inacesso. A sociedade tem que ser tratada com a dignidade que merece. Exigir do político uma postura digna daquele que o representa, boicotando nas urnas os apadrinhados e os coronéis do voto.

Lutar por condições de vida digna e cobrar uma postura do Judiciário como representante da Justiça é um exercício de cidadania. Um órgão responsável pela vida de milhões de pessoas não pode se dar ao luxo de permanecer estático, parado no tempo. Ele exerce uma função política na sociedade de extrema importância.

Tem que se modernizar e acompanhar todo o incremento tecnológico que a sociedade oferece e, principalmente, tem que oferecer subsídios para que os recursos humanos também possam acompanhar as mudanças. A visão do funcionário público aliado à infundável

burocracia tem que acabar. Ele está ali ocupando um cargo pago com o dinheiro do povo e, para este, deve prestar o serviço da melhor forma possível.

E, para poder exigir tudo que lhe é de direito, o povo precisa conhecer. Só através do conhecimento é que poderá pleitear seus direitos. Aqui se justifica o capítulo em que se aborda toda a questão do saber, dos obstáculos sociológicos e suas relações com o (in) acesso à justiça.

Um povo que não conhece seus direitos é mantido alienado dos acontecimentos político-sociais. É facilmente manipulado nas urnas eleitorais. A barreira da pobreza impede a submissão de todos os conflitos à apreciação de um juiz imparcial. Mas é verdadeiramente trágica se considerada a dimensão do acesso do pobre aos direitos. Os despossuídos são privados até dos direitos fundamentais de primeira geração, para eles meras declarações retóricas, sem repercussão em sua vida prática.

Nesse panorama conflitante, mas real, a tutela antecipada dos direitos posiciona-se de forma a garantir que o indivíduo tenha a prestação jurisdicional solicitada de forma adequada ao seu direito pretendido, tempestiva, distribuindo o ônus do processo de forma equitativa e traz às decisões a celeridade e efetividade necessárias à formação da ordem jurídica justa.

Entretanto, de nada adianta instrumentalizar o processo se, quem o conduz, o juiz, não estiver preparado para assumir uma postura comprometida com a justiça processual. O juiz não pode se manter inerte no processo. Esta postura não é condizente com o teor das demandas atuais. Dentro de suas limitações, no espaço que o sistema lhe reservou para atuar, o juiz poderá alargar a porta para o eficaz reconhecimento dos direitos. Não há como negar que a lei é matéria plasmável e fluida, a conformar-se com a ideologia de quem a aplica.

Conclui-se, portanto, que somente usando dos mecanismos efetivadores da justiça, sem se ater a preconceitos de qualquer ordem, é que se concretizará a ordem jurídica justa e se estenderá o acesso à justiça a todos os indivíduos sem distinção.

A ordem jurídica justa, materializada no Direito Processual Civil, é o resultado final do processo que se almeja alcançar através do instituto da tutela antecipada propiciando ao cidadão o efetivo acesso à justiça. Este, alcançado somente através de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. Adequada, vez que dê à parte o direito correspondente ao seu direito material pleiteado; tempestiva, concedida dentro de um prazo razoável; e efetiva, que ocorra e produza efeitos no mundo dos fatos.

Alcançados estes objetivos, pode-se dizer que a justiça foi realizada e que, decisões tais como as que motivaram o presente trabalho não mais indignarão aqueles que lutam por decisões ponderadas, equilibradas e justas. A ordem jurídica, mais do que nunca, tem que ser justa e propiciar a cada um a liberdade e a igualdade presentes nos dispositivos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **A crise da advocacia no Brasil**: diagnóstico e perspectivas. São Paulo: Alfa Ômega, 1991.

ALEXI, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Arruda. In: **Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós**. Revista de Processo. REPRO 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25. jan./mar. 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Col. Os Pensadores).

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

BACHELARD, G. **La formation de l'esprit scientifique**. Paris: Vrin, 1947.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BEDAQUE, J. dos S. **Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional**: aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997a.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**, Brasília, Editora UnB, 1997b.

BONAVIDES, Paulo. **Reflexões: política e direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRISTIANI, Cláudio Valentim; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história de direito**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAMATTA, Roberto da. **Carnavais, malandros e heróis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001b.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001a.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en sereo**. Barcelona: Ariel, 1989.

FAORO, Raymundo . **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo, 1991.

_____. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista da USP**. Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo. São Paulo, n. 17, mar./abr./maio, 1993.

_____. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 2. ed. rev. Porto Alegre; São Paulo: Globo; Universidade de São Paulo, 1975.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Willian Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: RT, 2000.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GALLI, Leandro. Antecipação dos efeitos da tutela e satisfatividade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 767, set. 1999.

GARCIA, Rodolfo. **Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. **O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2001.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21 ed. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986.

JAPIASSU, Hilton Ribeiro. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Brasil, 1995

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**, São Paulo, Martins Fontes, 1993.

KOLM, Serge-Christopher. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada e o artigo 273 do CPC. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997.

MACHADO NETO, A. L. **Sociologia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MARINONI Luiz Guilherme; BECKER Laércio A. Disponível em:
<<http://www.professormarinoni.com.br/artigo.php>>. Acesso em: 30 jan. 2006.

_____. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997.

_____ . **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____ . **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999b.

_____ . **Tutela inibitória**. São Paulo: Malheiros, 2000b.

_____ . _____ . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998b.

_____ . **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. Malheiros: São Paulo, 1995.

_____ . **A antecipação da tutela**. 4. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998a.

_____ . _____ . 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999a.

_____ . _____ . 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS JÚNIOR, Isidoro. **História do direito nacional**. 3. ed. Brasília: DIN/UnB, 1979.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de história do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Atualidades sobre o processo civil**: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e 1995. São Paulo: RT, 1996.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Antecipação de tutela nas ações de acidente de trabalho**. Disponível em: <<http://www.stac.sp.gov.br/trab-juridicos/cedes-trab-25.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **O poder do juiz ontem e hoje**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09 abr. 2003.

_____. **Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva**. 1999. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba: UFPR, 1999.

_____. Tutela antecipada: concessão de ofício? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, ano 31, n. 95, set. 2004.

POMBO, José Francisco da Rocha. **História do Brasil**. O Regime Colonial. Rio de Janeiro; São Paulo: W.M. Jackson Inc., 1953.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 2. ed. porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.

_____. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. _____. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. _____. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHIMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. A Tutela antecipada e o ministério público enquanto custos legis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, jul. 1997b.

_____. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real e ações mandamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano- canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997a.

_____. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TALAMINI, Eduardo. Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência. In: NERY JUNIOR, N.; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Tutela antecipada**: aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O acesso direto à justiça internacional**. Assembléia Geral da OEA. 04 jun. 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória**: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. 1988.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

_____. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ANEXO A

**Decisão proferida por Juiz Federal
que indeferiu concessão de antecipação de tutela**

Anexo A

Decisão proferida por Juiz Federal que indeferiu concessão de antecipação de tutela

Poder judiciário

Sétima Vara da Fazenda Pública

Proc. N. 968/01

Indefiro a antecipação da tutela

Embora os autores aleguem ser portadores da AIDS e objetivem medicação nova que minore as seqüelas da moléstia, o pedido deve ser indeferido, pois não há fundamento legal que ampare a pretensão de realizar às expensas do Estado o exame de genotipagem e a aquisição de medicamentos que, segundo os autores, não estão sendo fornecidos pelo SUS.

A Lei 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estado evolutivo da infecção ou doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal.

Por outro lado, não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia, menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano.

Daí o indeferimento da antecipação da tutela.

Cite-se a fazenda do Estado.

Defiro gratuidade judiciária em favor dos autores.

Intimem-se.

São Paulo, quinta-feira, 28 de julho de 2001.

Antônio Carlos Ferraz Muller

Juiz Federal

Eis a respeitável decisão passível de agravo. O difícil é saber se você o endereça ao Tribunal ou a Deus.