

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

A TUTELA ANTECIPADA *INAUDITA ALTERA PARTE* NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Lúcia Ribeiro

Belo Horizonte

2009

Ana Lúcia Ribeiro

A TUTELA ANTECIPADA *INAUDITA ALTERA PARTE* NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Belo Horizonte

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R484t Ribeiro, Ana Lúcia
Tutela antecipada inaudita altera parte no estado democrático de direito / Ana Lúcia Ribeiro. Belo Horizonte, 2009.
110f.

Minas Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Tutela antecipada. 2. Estado de direito. 3. Direito processual. 4. Direitos fundamentais. 5. Celeridade (Direito). I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.919.6

Ana Lúcia Ribeiro

A TUTELA ANTECIPADA *INAUDITA ALTERA PARTE* NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.

Prof. Orientador Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2009.

*Aos meus pais e a Victor
pelo incentivo*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença constante em todos os momentos de minha vida.

Aos meus pais e aos meus irmãos, pelo carinho e pelo apoio incondicional.

A Victor, pelo amor e pelo incentivo, imprescindíveis para a continuidade dos meus estudos.

Ao meu orientador, Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelo auxílio e pela paciência na confecção do presente estudo.

Às minhas grandes amigas, Maria Inês e Joyce, cuja ajuda e amizade foram imprescindíveis para a realização deste trabalho.

Aos meus amigos e familiares, pelas orações e pelo afeto a mim dedicados.

RESUMO

Em face do crescimento quantitativo das decisões antecipatórias de tutela *inaudita altera parte*, sem qualquer preocupação com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, vislumbrou-se a necessidade de se analisar a possibilidade de sua adequação à ciência processual pós-moderna. Foi, então, a busca pela legitimidade desta forma de concessão da tutela antecipada que motivou a presente pesquisa, que, para tanto, embasou-se na teoria neo-institucionalista do processo, cujo fundamento constitucional-democrático auxiliou na construção das principais idéias estruturantes deste estudo. A partir deste contexto, verificou-se que a medida de urgência em análise, na verdade, volta-se para o adiantamento dos conteúdos da lei, sendo que a atividade estatal destinada à sua concessão necessariamente deve ser realizada dentro do espaço procedimentalizado do processo, com vista a imprimir-lhe feição democrática e racional. Do mesmo modo ocorre quando se verifica seu deferimento sem a audiência do réu, hipótese esta que, contudo, circunscreve-se à aplicação imediata dos direitos fundamentais, que já se submeteram ao devido processo constitucional, quando de sua inserção na Constituição Federal. Nestes termos, a tutela antecipada *inaudita altera parte* se legitima como técnica processual voltada para a pronta execução destes direitos, possibilitando a todos os indivíduos a construção, reconstrução e aplicação do ordenamento jurídico.

ABSTRACT

Due to the growing quantitative anticipatory decisions of *inaudita altera parte*, without any concern with the Democratic Law State guidelines, the need of analyzing the possibility of adequation to the post-modern processing science has been felt. Thus, the search of the legitimacy for this form of anticipated guardianship's concession motivated this present research. This work was based on the neo-institutionalist theory of process, which constitutional-democratic foundation aided in the construction of the supporting main ideas of this study. From this context, it was verified that the urgent issue to be analyzed is actually the content advancements of the law, adding that the State activity which is aimed at its concession must be accomplished inside the process's procedures in order to provide rational and democratic features. It is a similar case when it is granted without hearing the defendant, however, being this case limited to the immediate application of the fundamental rights, which were already submitted to its constitutional process, when inserted in the Federal Constitution. In these terms, the anticipated guardianship *inaudita altera parte* is legitimate as a process technique turned to this immediate execution of these rights, enabling the construction, reconstruction and application of the juridical system to all the individuals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
1.1. Princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito	13
1.2. Princípio do devido processo constitucional	21
1.3. Teoria neo-institucionalista do processo	25
CAPÍTULO II – INFLUÊNCIA DO TEMPO NO PROCESSO	38
2.1. Tempo e processo	38
2.2. Celeridade como efetividade do processo	42
2.3. Princípio da celeridade no Estado Democrático de Direito	53
CAPÍTULO III – TUTELA ANTECIPADA <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i> NO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE	61
3.1. Concessão da tutela antecipada de acordo com o Código de Processo Civil	61
3.2. Requisitos legais estabelecidos no art. 273, do Código de Processo Civil	67
3.3. Tutela antecipada <i>inaudita altera parte</i> no sistema processual vigente	76
CAPÍTULO IV – TUTELA ANTECIPADA <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i> NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	82
4.1. Compatibilidade da concessão da tutela antecipada face aos princípios da vinculação ao Estado Democrático de Direito e do devido processo constitucional	82
4.2. Tutela antecipada <i>inaudita altera parte</i> no Estado Democrático de Direito	85
4.2.1. Executividade dos direitos fundamentais	85

4.2.2. Possibilidade de concessão da tutela <i>inaudita altera parte</i> para a satisfação dos direitos fundamentais	95
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUÇÃO

A tutela antecipada, como técnica processual de adiantamento da proteção da lei, foi expressamente inserida no Código de Processo Civil brasileiro desde 1994, por meio da modificação de seu art. 273.

Desde então, a concessão dessa medida foi se desenvolvendo cada vez mais, sendo deferida de forma indiscriminada pelos órgãos jurisdicionais, embasados apenas em sua sensibilidade diante do aparente risco de dano existente no caso concreto, sem qualquer preocupação com a efetiva demonstração dos pressupostos legais necessários para a antecipação da tutela.

Maior gravidade pode ser constatada, ainda, na circunstância de que seu deferimento sem audiência prévia do réu, apesar de se tratar de medida excepcional, somente permitida em determinadas hipóteses, tem-se transformado em regra na realidade forense, em total desrespeito às diretrizes impostas pelo direito democrático.

Nesses termos, vislumbra-se a premente necessidade de se adequar a concessão *inaudita altera parte* da tutela antecipada ao Estado Democrático de Direito, expressamente adotado pela Constituição brasileira, em seu art. 1º, com vista a compatibilizar esta medida com a ciência jurídica pós-moderna, que não se coaduna com a vulgarização da antecipação liminar da tutela em toda e qualquer hipótese posta sob apreciação do órgão jurisdicional.

Para tanto, faz-se necessário o embasamento desta análise nos ensinamentos da teoria neo-institucionalista, única capaz de imprimir legitimidade aos institutos e instituições processuais, haja vista a exigência por ela imposta de se promover a construção e testificação da normatividade posta por meio da abertura do discurso a todos os membros da comunidade jurídica, a partir da garantia do devido processo constitucional.

É essa teoria que irá permitir verificar se é possível a compatibilidade que ora se propõe entre a tutela antecipada *inaudita altera parte* e as diretrizes

impostas pelo Estado Democrático de Direito, que, em verdade, determinam a necessária observância dos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa para a construção racional e legítima das decisões decorrentes do exercício da jurisdição.

Em vista de sua importância para a pesquisa que ora se propõe, será preciso expor os principais delineamentos da teoria neo-institucionalista, o que não poderá ser feito sem antes se esclarecer os exatos termos dos princípios da vinculação ao Estado Democrático de Direito e do devido processo constitucional.

É que são essas diretrizes principiológicas que irão formatar a instituição constitucionalizada do processo, em torno do qual giram todas as idéias decorrentes do embasamento teórico adotado.

Desse modo, já serão desde logo afastados os posicionamentos defendidos pelas teorias da relação jurídica e instrumentalista, que conferem proeminência à jurisdição, em detrimento do processo, haja vista que, na pós-modernidade, todas as atividades estatais é que devem ser realizadas no espaço processual, garantidor da instauração do debate entre as partes, na formação dos atos decisórios estatais.

Ao contrário da visão neo-institucionalista, aquelas teorias buscam conferir maiores poderes ao juiz, no intuito de fazer justiça no caso concreto, promovendo a pacificação social, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Para alcançar esses objetivos, muitas vezes defendem a necessidade de se estabelecer maior celeridade ao procedimento, haja vista que, para seus defensores, a produção morosa da decisão culmina certamente em denegação de justiça.

Aliás, as influências negativas do tempo sobre o processo são objeto de várias análises pelos adeptos das teorias da relação jurídica e instrumentalista, que não vislumbram que a lentidão procedimental muitas vezes encontra-se na

omissão do próprio Estado-Juiz em cumprir os prazos legalmente previstos para sua atuação.

Cumpre, pois, esclarecer também como se verifica a atuação do fator temporal sobre o procedimento, sendo preciso demonstrar como seria possível adequar a busca pela celeridade, com as diretrizes atuais da ciência processual.

De qualquer forma, saliente-se desde já que a previsão legal da tutela antecipada buscou justamente diminuir os prejuízos decorrentes da demora no trâmite procedimental, propugnando por uma antecipação dos conteúdos da lei.

Contudo, a sistemática legal dessa medida de urgência deve ser examinada de acordo com o Estado Democrático de Direito, que demanda uma análise diferenciada a respeito da exata extensão dos requisitos exigidos para o seu deferimento, ressaltando-se que este exame igualmente será feito pela presente pesquisa.

Do mesmo modo, seu deferimento sem a audiência do réu também deverá ser compatibilizado com o direito democrático, o que somente poderá se verificar na hipótese de realização dos direitos fundamentais, já pré-decididos no plano constituinte, em consonância com o princípio do devido processo constitucional.

Os exatos termos dessa possível adequação serão objeto da análise final deste estudo, que, com isto, tem a pretensão de desmistificar a idéia salvadora da tutela antecipada *inaudita altera parte* em todo e qualquer caso apreciado pelo órgão jurisdicional, restringindo sua aplicabilidade apenas quando houver necessidade de se fazer valer prontamente os direitos fundamentais do indivíduo, imprescindíveis para a inclusão dos membros da comunidade jurídica no espaço discursivo-procedimentalizado do processo.

CAPÍTULO I – PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. Princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito

Na pós-modernidade¹, não se concebe mais o estudo do processo sob as bases antigas dos Estados Liberal e Social, cujos lineamentos não são mais compatíveis com os avanços galgados pela ciência jurídica contemporânea, que há muito tempo deixou de pautar-se pelo individualismo liberal ou pelo assistencialismo do *Welfare State*.

Hoje, todos os aspectos referentes àquela instituição constitucionalizada devem ser analisados com base no enfoque direcionado pelo Estado Democrático de Direito, que garante a efetiva participação do povo na produção, aplicação e reconstrução² do ordenamento jurídico pela processualidade, razão pela qual o exercício da jurisdição, bem como das funções legislativa e administrativa, devem necessariamente vincular-se às determinações traçadas por esta diretriz principiológica. Fala-se, pois, no

¹ O termo “pós-modernidade” quer se referir ao “(...) recinto argumentativo da formação da *decidibilidade* recorrível (amplamente problematizável) (...)” (LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 33). Neste sentido, o termo em questão designa o contexto de implantação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, que exige a observância, pelas atividades estatais, do discurso e da participação popular, sem se descuidar do disposto no ordenamento jurídico em vigor, democraticamente construído. Na pós-modernidade, estabeleceu-se a necessária vinculação ao devido processo, possibilitando a revisibilidade e testificação de todos os institutos e instituições que compõem as ciências, em especial a ciência processual, haja vista que não representam, nem nunca representarão, a verdade e a certeza. Neste sentido, suplantou-se os ditames da modernidade, que determinava a observância dos contornos erigidos pelos Estados Liberal e Social, que se regiam por normas jurídicas autoritárias e polissêmicas, e pelos subjetivismos da autoridade estatal na direção do Estado e de suas funções, sem qualquer participação do povo.

² O uso dos termos “reconstrução” e “recriação” do direito e do ordenamento jurídico, que será realizado ao longo da presente pesquisa, embasa-se no entendimento apresentado por Karl Raimund Popper (Cf. *Conhecimento Objetivo*. Uma abordagem evolucionária, p. 84-88), e ratificado por Rosemiro Pereira Leal (Cf. *Teoria Geral do Processo*, p. 44-45). De acordo com Popper, para que se verifique o aprimoramento de uma teoria científica, é preciso que ela seja submetida constantemente à testificação. Se houver a superação das críticas a ela impostas, haverá necessariamente a evolução de suas bases teóricas, que se tornarão mais esclarecidas e mais consistentes. Na esteira destas idéias, toda teoria que se submete à problematização contínua termina por ser permanentemente reconstruída, fugindo de fundamentos pautados na definitividade. Este entendimento é aplicado, por Rosemiro Pereira Leal, à ciência jurídico-processual, propondo este autor que o direito seja testificado, de forma constante, no espaço discursivo do processo, proporcionando sua permanente recriação, especialmente para conferir-lhe, cada vez mais, feição democrática e racional. Por isto é que, na presente pesquisa, propõe-se a problematização do sistema jurídico, por meio da discursividade, haja vista que, somente nestes termos, é que se mostra possível a recriação do direito e, pois, sua evolucionariedade e aprimoramento.

princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, que decorre da própria sistemática estabelecida pela Constituição Federal em vigor, determinante de uma normatividade embasada pela reunião entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia.³

Na linha desse pensamento, o Estado de Direito, como diretriz principiológica, tem suas bases estabelecidas em uma grande valorização da lei, correspondente aos anseios do povo, na separação das funções do Estado, na observância do ordenamento jurídico pelo ente estatal, assegurado o controle pela jurisdição, além de embasar-se na fixação de um considerável elenco de direitos e garantias fundamentais.⁴

A ele junta-se o princípio da democracia, que determina que só é legítimo o poder quando desempenhado em consonância com a vontade popular, com base na qual deve estruturar-se o Estado, no intuito de assegurar a isonomia entre os indivíduos, sem se descuidar da garantia de sua liberdade. Em consonância com esta diretriz, é imprescindível a efetiva participação do povo na construção, na aplicação e na fiscalização dos atos emanados pelos órgãos estatais,⁵ no desempenho de suas funções.

O enfeixamento desses princípios traça o contorno do Estado Democrático de Direito, reunindo as características essenciais tanto do Estado de Direito, como do Estado Democrático, estabelecendo uma nova estrutura estatal que se pauta não apenas pelo cumprimento do princípio da legalidade (Estado de Direito), mas também pela necessária intervenção popular sobre a construção e testificação do ato decisório, por meio do princípio do devido processo constitucional, garantidor do discurso no espaço procedimentalizado (Estado Democrático).

³ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p.131.

⁴ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito*, p. 153.

⁵ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 102-106. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 383-395.

A partir da concretização do Estado Democrático de Direito, deixou-se de lado a idéia de que a sistemática processual giraria em torno unicamente da jurisdição, como **poder**⁶ exercido pelos juízes, por meio da aplicação do direito à hipótese posta sob sua apreciação, com vista a restabelecer a paz social, fazendo justiça no caso concreto.⁷

Desde então, não há mais que se falar na atividade solipsista do órgão julgador na elaboração das decisões, exercida com base apenas em sua sabedoria e sensibilidade, e dissociada do ordenamento jurídico vigente derivado da soberania popular.⁸

Na verdade, a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito, não apenas a jurisdição, mas também todas as demais funções estatais, passaram a observar as diretrizes traçadas por este princípio, que coloca em primeiro lugar o pleno exercício da cidadania, por meio da abertura a todos os membros da comunidade jurídica à participação discursiva no espaço procedimentalizado do processo, fornecendo, com isto, subsídios para a concretização de uma hermenêutica jurídica voltada para o questionamento absoluto e permanente da normatividade positivada.⁹

⁶ Apesar de a doutrina brasileira ainda insistir no uso dos termos Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo, na verdade, o poder é dotado de unidade, não havendo que se falar em sua repartição ou separação. Ao contrário, o que há é a divisão das atividades estatais, conforme expõe a doutrina mais abalizada a respeito do tema. Neste sentido, a manifestação do poder indivisível do Estado verifica-se por meio da realização das funções a ele atribuídas pela Constituição, funções estas realizadas pelos órgãos estatais já instituídos no texto constitucional. Daí serem mais adequados os termos função jurisdicional, função executiva e função legislativa. (Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 66-70).

⁷ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 131.

⁸ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 134.

⁹ Cf. PRATES; SAFFI; MAGALHÃES. *Das formas de Estado à constitucionalidade democrática*, p. 381. Ressalte-se que a visão do Estado Democrático de Direito como princípio, a qual se filia esta pesquisa, é adotada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, (Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 101-104), esclarecendo o autor que suas idéias neste sentido embasaram-se na doutrina alemã, com destaque para Ernst Wolfgang Böckenförde (Cf. *Estudios sobre El Estado de Derecho y la democracia*, p. 118-121) e Friedrich Müller (Cf. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, p. 60-62). Com base nesta doutrina, aquele autor demonstra a influência exercida pelos princípios do Estado de Direito e do Estado democrático sobre a formatação estatal da atualidade, determinada pelas normas constitucionais. A importância da democracia, neste contexto, decorre do fato de que ela imprime, a esta formatação de Estado, certa estrutura cíclica de legitimidade do ordenamento jurídico, no exato momento em que exige a necessária participação dos indivíduos na criação das normas jurídicas, que lhes serão aplicadas. De outro vértice, o Estado de Direito determina a observância do ordenamento jurídico, criado pelo povo, e dos direitos e liberdades nele inseridos, impondo, no que tange ao Estado, limites à sua atuação. O entrelaçamento destes dois princípios dá forma ao

Mais do que isso, a concretização deste princípio na pós-modernidade determinou a necessária vinculação de todos os institutos e instituições constitucionalizados às suas determinações, o que não exclui nem as atividades do Estado, muito menos o processo no qual devem elas ser exercidas.

Isso porque, somente nesses termos, é que se assegurará, ao longo do exercício das funções jurisdicional, legislativa e administrativa no espaço crítico-discursivo do processo, a efetiva influência das partes na elaboração dos atos decisórios, conferindo-lhes legitimidade e racionalidade.¹⁰

Ressalte-se que, para possibilitar essa circunstância, no Estado Democrático de Direito devem ser verdadeiramente realizados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo,¹¹ já expressamente consignados no texto constitucional brasileiro, eis que não apenas representam claro obstáculo ao amplo poder do Estado sobre os indivíduos submetidos à sua ordem jurídica, como também proporcionam a estruturação processual da atuação da própria democracia,¹² fazendo valer a vontade popular na instituição e aplicação do ordenamento jurídico.

Na verdade, a concretização dos direitos e garantias fundamentais é imprescindível à própria instauração e organização do Estado Democrático de Direito,¹³ principalmente por possibilitar a inclusão dos indivíduos na construção do processo, por meio do discurso.¹⁴

Nesse sentido, a consagração dessas prerrogativas proporciona a elaboração participada de todos os atos emanados pelos órgãos estatais, impedindo o exercício do poder de forma arbitrária e autoritária, mas, ao revés,

princípio do Estado Democrático de Direito, que deve reger todas as atividades estatais, sejam elas legislativas, jurisdicionais ou executivas, como já ressaltado.

¹⁰ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 132. Sobre a necessária influência das partes na construção do pronunciamento jurisdicional, ver ainda ANDOLINA; VIGNERA. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 65.

¹¹ Cf. PRATES; SAFFI; MAGALHÃES. *Das formas de Estado à constitucionalidade democrática*, p. 390-393.

¹² Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 31.

¹³ Cf. PRATES; SAFFI; MAGALHÃES. *Das formas de Estado à constitucionalidade democrática*, p. 394. Uma das formas de concretização liminar dos direitos fundamentais é justamente a tutela antecipada *inaudita altera parte*, o que confere relevância a esta técnica processual na atualidade.

¹⁴ O termo “discurso”, na presente pesquisa, faz referência ao debate travado entre os indivíduos no espaço democrático do processo, com as garantias do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

fazendo com que as decisões que afetem a própria sociedade sejam tomadas com base em sua efetiva influência sobre o processo de construção do ato decisório, influência esta proporcionada com base na garantia do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

No entanto, é preciso ressaltar que a concretização dessas metas, com a máxima otimização do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, determina, ainda, a observância de outras duas diretrizes principiológicas no desempenho da jurisdição, que são os princípios da supremacia do texto constitucional e da reserva de lei.

O princípio da supremacia da Constituição vem-se firmando como princípio norteador de todo o sistema jurídico desde as proposições de Hans Kelsen, que entendia estivessem as normas jurídicas organizadas hierarquicamente, de modo que as normas inferiores teriam sua validade condicionada à sua adequação às normas posicionadas nos níveis superiores de uma estrutura piramidal, sendo certo que o fundamento último de todas elas seria a chamada norma fundamental, que determinaria a necessária observância à Constituição.¹⁵

É claro que hoje não se concebe mais a existência dessa norma fundamental, que conferia cunho mítico à teoria kelseniana, no exato momento em que valorizava uma norma pressuposta pela humanidade¹⁶, já existente aprioristicamente.

No entanto, de qualquer forma, essa teoria foi importante na alocação do texto constitucional como fundamento de validade das demais normas componentes do ordenamento jurídico,¹⁷ em especial quando a Constituição passou a assegurar a constante influência dos indivíduos (cidadania) na

¹⁵ Cf. KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 217.

¹⁶ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 21-22.

¹⁷ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 132.

construção, fiscalização, modificação ou mesmo conservação das normas jurídicas e das próprias instituições inerentes ao Estado.¹⁸

De qualquer forma, é preciso esclarecer que, na pós-modernidade, a Constituição não mais busca estabelecer a superioridade do Estado, em relação aos indivíduos sobre os quais se aplicam suas normas.¹⁹ É que o texto constitucional deixou de ser simples mecanismo a ser usado única e exclusivamente pelo ente estatal, destinado apenas à garantia da harmonia entre as suas funções, com a repartição das suas atividades aos órgãos competentes, no intuito de fixar a paz social. Mais do que isto, no Estado Democrático de Direito, quando a Constituição verdadeiramente se torna

(...) contextualizada livremente pelo povo em paradigmas processualizados de dignidade e liberdade humanas, é a **única fonte** jurídico-institucional, e não mais o estado instrumental ou outras esferas funcionais que só se legitimam em razão de nela terem origem.²⁰

Por conquista da democracia, não é mais o Estado que manipula, a seu bel-prazer, os conteúdos jurídicos emergentes da normatividade constitucional, mas, ao contrário, é a própria Constituição que determina os contornos da atividade estatal,²¹ que deve sempre buscar a concretização dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, principalmente quando voltados para assegurar sua participação na construção dos atos decisórios proferidos pelos órgãos do Estado, por meio do discurso.

O texto constitucional avulta-se, nesses termos, como ponto de partida da discursividade, tecendo uma verdadeira base para a garantia do debate, de sorte a proporcionar a estruturação dos propósitos comuns (testificáveis) de uma comunidade pluralista, possibilitando a participação dos componentes desta mesma sociedade na construção dos atos decisórios estatais.²²

¹⁸ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 37.

¹⁹ Cf. GUERRA FILHO. *Derechos fundamentales, proceso y principio de proporcionalidad*, p. 67.

²⁰ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 37.

²¹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 53.

²² Cf. MADEIRA. *Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo*, p. 126-129.

A Constituição é, pois, expressão da própria democracia, eis que, somente com fundamento nela, é possível garantir e realizar o debate entre os indivíduos, sendo certo que sua ausência culminaria na total impossibilidade de testificação das normas jurídicas.²³

É por tudo isso que se pode afirmar que, na atualidade, o Estado, as instituições jurídicas e os próprios direitos e garantias fundamentais necessariamente têm seu fundamento de validade no texto constitucional, o que implica em sua indispensável superioridade no ordenamento jurídico, superioridade esta que se mostra essencial à própria configuração do Estado Democrático de Direito e, pois, do princípio da vinculação, ao qual estamos nos referindo. Contudo, para que se estabeleçam os exatos limites do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, não basta apenas a aceitação da idéia de que a Constituição é a norma suprema de um Estado. Além disto, faz-se necessário, ainda, que se assegure a presença de outra diretriz principiológica: o princípio da reserva legal, expressamente previsto na Constituição, em seu art. 5º, inciso II. De acordo com este princípio, todos os atos decisórios devem ser proferidos pelo órgão estatal em consonância com os ditames estabelecidos pelo ordenamento jurídico em vigor, que, ressalte-se, abarca todas as normas estabelecidas na Constituição e na legislação infraconstitucional.²⁴

Trata-se de uma exigência do Estado Democrático de Direito, cujas diretrizes determinam que todas as atividades estatais sejam exercidas a partir das normas jurídicas em vigor e não apesar delas,²⁵ no intuito de fazer com que a atuação do Estado sempre espelhe a vontade popular que embasou a criação da lei.

²³ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 55.

²⁴ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 132-133. Como será demonstrado, a análise do princípio da reserva legal deve necessariamente ser feita em consonância com as diretivas estabelecidas pela democracia, o que implica em considerá-lo como uma garantia que possibilita aos indivíduos buscar e fazer realizar o ordenamento jurídico, em contraditório, isonomia e ampla defesa, permitindo-lhes, ainda, a concretização do debate e da testificação das normas jurídicas, no intuito de criar, alterar ou atualizar a legislação em vigor.

²⁵ Cf. PRATES; SAFFI; MAGALHÃES. *Das formas de Estado à constitucionalidade democrática*, p. 395.

Na esteira desse pensamento, no que tange à atividade jurisdicional, esta deve ser exercida dentro dos limites traçados pelas normas jurídicas, devendo o julgador observar e determinar a observância da lei positivada, de sorte a possibilitar a previsibilidade do pronunciamento final.²⁶

É que o órgão jurisdicional avulta-se como interlocutor do ordenamento jurídico vigente, tendo sido ele instituído e legitimado pela lei justamente para cumprir e realizar suas normas.²⁷

No entanto, é preciso ficar claro que a observância da normatividade pelo Estado-juiz e pelo próprio povo deve decorrer não apenas da circunstância de ter sido o ordenamento jurídico elaborado por um órgão dotado de competência e em consonância com o procedimento adequado (validade), e nem somente pelo respeito determinado pela própria lei (eficácia). Mais do que isto, seu cumprimento deve decorrer do fato de que, na construção e posterior realização da lei, tenha havido a efetiva participação dos membros da comunidade jurídica, e, ademais, que o procedimento de sua criação tenha sido levado a cabo com base nas garantias processuais imprescindíveis para se assegurar o discurso (legitimidade).²⁸

Somente nesses termos é que se poderia falar em decisão legítima e democrática, eis que embasada em normas construídas pelo povo,²⁹ por meio da efetiva garantia do devido processo, que, para ser verdadeiramente concretizada, determina a necessária observância do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, como possibilidade de estabelecer-se, mesmo no processo legislativo, o discurso e a crítica.

²⁶ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 65-88. Nesse mesmo sentido, GÜNTHER. *Legal Adjudication and Democracy: Some remarks on Dworkin and Habermas*, p. 36.

²⁷ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 59.

²⁸ Cf. DEL NEGRI. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: Teoria da legitimidade democrática*, p. 70.

²⁹ Cf. BRÊTAS C. DIAS. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 133-134.

Na esteira desse pensamento, os próprios destinatários da norma participam efetivamente de sua criação,³⁰ e, posteriormente, de sua aplicação, tudo dentro do espaço procedimentalizado e discursivo do processo, com a observância a todas as normas do ordenamento jurídico, sem se olvidar da supremacia das normas constitucionais, circunstância esta que culmina, necessariamente, na concretização do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, em toda a sua extensão.³¹

Daí por que se diz que a garantia do princípio em análise é de suma relevância para se alcançar a exata noção do processo na pós-modernidade, que não se dissocia do efetivo cumprimento dos princípios da reserva legal e da supremacia da Constituição.

Em decorrência dessa circunstância, a própria tutela antecipada, justamente por se tratar de um instituto a ser realizado no espaço discursivo-procedimental, deverá observar, igualmente, os princípios em questão, com vista a compatibilizar-se com a estrutura democrática do Estado na contemporaneidade, como adiante se verá.

1.2. Princípio do devido processo constitucional³²

Apesar da importância do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito para se delimitar os adequados contornos do processo e de seus institutos³³ na atualidade, não se pode deixar de lado outro princípio essencial a esta finalidade: o princípio do devido processo constitucional.

³⁰ Cf. HABERMAS. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 172.

³¹ Cf. BRÊTAS C. DIAS. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 134.

³² Fala-se em devido processo constitucional, em decorrência da circunstância de que os contornos desta garantia decorrem da própria Constituição, que necessariamente contempla o bloco de garantias impostergáveis que determinam seu conteúdo. Neste caso, este princípio abrange o devido processo legal e o devido processo legislativo, que se caracterizam como seus “institutos da expansividade jurídico-normativa” (Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 128).

³³ Inclui-se como instituto processual a tutela antecipada, que, para ser concedida de forma legítima e racional, necessariamente deverá atender às determinações estabelecidas pelos princípios da vinculação ao Estado

Na verdade, o devido processo constitucional é elemento institucionalizador do próprio Estado Democrático de Direito, pelo fato de possibilitar a plena concretização da cidadania, por meio da possibilidade que abre para a instauração do discurso, com efetiva participação popular, de modo que ambos os princípios encontram-se intimamente relacionados.³⁴

De qualquer forma, é preciso ressaltar que o princípio do devido processo constitucional assegura às partes as garantias do acesso à atividade jurisdicional, exercida sem dilações indevidas, do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da motivação das decisões, possibilitando a concretização de um verdadeiro discurso no espaço procedimental, e conferindo, com isto, legitimidade à tutela da lei, mesmo quando concedida de forma antecipada.³⁵ Por constituir-se em um “bloco aglutinante destas garantias”³⁶, sua presença nos textos constitucionais é, inclusive, uma exigência dos Estados democráticos, como forma de permitir uma verdadeira participação popular em todas as atividades estatais. No Brasil, não é diferente, uma vez que o princípio em análise encontra-se expressamente previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.³⁷

Na verdade, seria mesmo bastante a sua consignação na Constituição do Estado, para que daí adviessem todos os princípios processuais assegurados às partes e necessários para garantir a democracia no espaço processual. Contudo, especificamente no caso do texto constitucional brasileiro, verifica-se que o legislador constituinte preferiu listar grande parte destes princípios de forma expressa, talvez pela própria debilidade da gênese de sua democracia, o

Democrático de Direito e do devido processo constitucional. No capítulo IV da presente pesquisa, o exame da tutela antecipada sob esta perspectiva será mais aprofundado.

³⁴ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, um Estado só é democrático de direito se houver a garantia do devido processo constitucional, lembrando que, em decorrência da necessária presença deste princípio, muitas vezes não assegurada por todos os entes estatais, não é todo Estado da atualidade que pode assim se qualificar (Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.129-151).

³⁵ Nesse sentido, a concessão antecipada da tutela da lei é possibilitada pela medida estabelecida no art. 273, do Código de Processo Civil brasileiro.

³⁶ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 655

³⁷ Cf. WAMBIER. *Anotações sobre o princípio do devido processo legal*, p. 54.

que, de qualquer forma, não traz óbice à busca pela realização da garantia do devido processo constitucional, muito menos reduz a sua importância para o sistema processual brasileiro.³⁸

Aliás, sua relevância é tão grande para a ciência processual da atualidade que, pode-se dizer, é o devido processo que direciona, no Estado Democrático de Direito, a maneira de se exercer as funções legislativa, executiva e jurisdicional, necessariamente exigindo a atuação conjunta do povo no exercício destas atribuições.³⁹

O devido processo constitucional constitui-se, dessarte, no eixo norteador não apenas da elaboração das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, mas igualmente de sua aplicação, alteração e reconstrução, fazendo-se presente em todas as atividades estatais, como forma de legitimar seu exercício, até porque determina a efetiva participação popular no desempenho das funções do Estado.

Por instaurar o discurso no processo, a realização dessa garantia culmina por fazer valer o conteúdo das normas jurídicas, por meio da construção de atos decisórios elaborados compartilhadamente pelos sujeitos do processo, e não somente por um órgão julgador, que, de forma solitária, posiciona-se como o verdadeiro e único “descobridor” da vontade da lei.⁴⁰

O resultado dessa efetiva participação das partes no exercício das funções estatais, que só é possibilitada em decorrência do princípio do devido processo, é a construção racional e democrática dos atos decisórios, proporcionando às partes o efetivo controle, fiscalização e testificação da aplicação das normas jurídicas.⁴¹ Nesses termos e a partir da garantia do princípio em análise, é possível conferir-se legitimidade e validade à

³⁸ Cf. MADEIRA. *Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo*, p. 129-130.

³⁹ Cf. DEL NEGRI. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: Teoria da legitimidade democrática* p. 73. Também nesse sentido, ANDOLINA; VIGNERA. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 15.

⁴⁰ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 63.

⁴¹ Cf. ALMEIDA. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 89.

concretização, em liminar ou decisão final, dos direitos fundamentais estabelecidos em todo o sistema jurídico-constitucional.⁴²

Por força dessas circunstâncias, esse princípio é considerado como instituição que submete a normatividade jurídica à crítica, colocando-se também sob o alvo da constante problematização pela soberania popular, possibilitando à totalidade dos indivíduos o questionamento das disposições legais, em um espaço procedimentalizado.⁴³

Nesses termos, verifica-se que o devido processo “(...) jurisdicionaliza o proceder dos figurantes do **procedimento**, concretizando e legitimando-o como estrutura criada pelo **povo** e que se destina a habilitar o povo (...)”⁴⁴ como criador e intérprete permanente do ordenamento jurídico.

Daí por que se diz que, no Estado Democrático de Direito, existe uma implicação absoluta entre o processo e essa garantia, que dá os contornos daquela instituição por meio da verdadeira participação popular, em contraditório, isonomia e ampla defesa, até o pronunciamento final.⁴⁵

A partir desse entendimento, afasta-se desde já a idéia do princípio do devido processo como mera observância de um ritualismo metódico, de conteúdo vazio, que serviria apenas e tão-somente para imprimir maior lentidão à atividade jurisdicional. Ao revés, esta diretriz principiológica constitui-se em um conjunto de garantias impostergáveis estabelecidas contrariamente à possibilidade, inerente à função jurisdicional, de criação de decisões baseadas unicamente na sensibilidade, vivência e sabedoria do juiz,⁴⁶ o que determina sua observância também quando se discute, no espaço discursivo, a concessão de medidas de urgência.

Na esteira desse pensamento, a mitigação dessas garantias culminaria necessariamente no favorecimento da arbitrariedade, reforçando-se e

⁴² Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 62.

⁴³ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 145.

⁴⁴ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 59.

⁴⁵ Cf. JAYME. *O devido processo legal*, p. 63.

⁴⁶ Cf. CALMON DE PASSOS. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*, p. 69.

aumentando-se o poder do Estado, e diminuindo, por outro lado, o espaço de debate entre as partes, configurando-se o mais cristalino autoritarismo,⁴⁷ incompatível com o Estado Democrático de Direito e, pois, com os institutos e instituições da pós-modernidade.

Ao contrário dessas idéias, o que na verdade se propõe atualmente é o reforço constante das garantias inerentes ao devido processo constitucional, com vista a conferir feição democrática ao procedimento de elaboração do pronunciamento jurisdicional, o que somente pode ser alcançado pela possibilidade de discurso conferida às partes.⁴⁸

Aliás, essa discursividade permitida no processo é que torna possível a submissão da normatividade à uma permanente testificação corretiva, sem limitações de qualquer espécie⁴⁹, determinando-se, com isto, a construção, reconstrução e modificação do ordenamento jurídico pelos seus próprios destinatários.

Nesses termos, o devido processo constitucional avulta-se como princípio voltado à instituição e problematização do direito, o que é alcançado por meio das garantias inerentes àquela diretriz principiológica, que asseguram o debate entre as partes, conferindo substrato a uma procedimentalidade que legitima todos os indivíduos à realização dos direitos fundamentais já previstos na Constituição.⁵⁰

É essa idéia, concretizada pelo princípio em análise, que impõe a passagem para a pós-modernidade⁵¹, que exige não apenas a existência e observância de normas positivamente previstas, como na modernidade, mas também a possibilidade de colocar sua validade e legitimidade à prova, em uma vasta fiscalização da criação e do exercício das normas jurídicas. Isto porque,

⁴⁷ Cf. CALMON DE PASSOS. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam, p. 70.

⁴⁸ De acordo com Michele Taruffo, a racionalidade da decisão decorre justamente da garantia do discurso entre as partes, possibilitada, como visto, pela garantia do devido processo constitucional (Cf. TARUFFO. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, p. 73).

⁴⁹ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 28.

⁵⁰ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 91.

⁵¹ Acerca das diferenças entre “modernidade” e pós-modernidade”, ver nota de rodapé n. 1.

atualmente, os sujeitos aos quais se dirige o ordenamento jurídico não se mostram passivos diante da normatividade estabelecida, mas são ativos partícipes da sua construção (devido processo legislativo), bem como da sua aplicação e recriação (devido processo legal), com o que se confere verdadeira racionalidade ao direito.⁵²

Mais do que isso, essa efetiva participação das partes, possibilitada pelo devido processo, avulta-se como necessária à modelagem do próprio espaço discursivo-procedimental de produção dos atos decisórios proferidos pelo Estado, ainda que se trate de concessão antecipada da tutela legal, com o que se verifica a relevância daquele princípio para a visão pós-moderna do processo,⁵³ definida pela teoria neo-institucionalista, que ora se passa a expor.

1.3. Teoria neo-institucionalista do processo

Como já salientado, a noção de processo, na pós-modernidade, deve necessariamente estar vinculada ao princípio do Estado Democrático de Direito, que determina, para a configuração dos exatos lineamentos daquela instituição constitucionalizada, a necessária observância do devido processo constitucional, com vista a imprimir-lhe verdadeira feição democrática, condizente com o modelo de Estado adotado pelo Brasil (art. 1º, Constituição Federal de 1988).

Uma teoria que atende a essa exigência é a teoria neo-institucionalista, elaborada por Rosemiro Pereira Leal⁵⁴ justamente como uma proposta de se construir uma noção de processo de bases constitucionais, fundada nos pilares da democracia e da cidadania,⁵⁵ no qual se assegura às partes a possibilidade de estabelecerem entre si uma discursividade, pautada por garantias processuais, expressamente previstas na Constituição.

⁵² Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 28-29.

⁵³ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 59.

⁵⁴ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, 159-199. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, 35-39.

⁵⁵ Cf. DEL NEGRI. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: Teoria da legitimidade democrática*, p. 65.

Nesse sentido, a teoria em análise demanda a concretização efetiva da soberania popular (cidadania), considerada como prerrogativa inserida na Constituição, imprescindível à construção dos direitos fundamentais pela processualidade discursiva. A realização destes direitos não se impõe como resultado da autoridade dos órgãos estatais, dirigida como forma de se fazer valer a paz social, porém decorre do debate estabelecido pelo povo – ainda no plano constituinte – que há muito tempo não mais aceita a imposição autoritária e solipsista das normas jurídicas pelo Estado nas bases já estabelecidas constitucionalmente de processualização crítico-discursiva do exercício das funções estatais. Na esteira deste pensamento, é preciso que se assegure a participação popular, por meio das garantias ínsitas ao princípio do devido processo constitucional, como forma de estabelecer o discurso exigido pela comunidade jurídica e pelo próprio Estado Democrático de Direito para a criação e aplicação das normas jurídicas. Para tanto, faz-se mister que esta participação realize-se dentro do processo, que, de acordo com a teoria neo-institucionalista, constitui-se em uma instituição constitucionalizada, garantidora dos princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, voltados para a realização dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. De acordo com este entendimento, mais que mero instrumento da jurisdição, é preciso que o processo defina-se como verdadeira instituição, ou seja, como conjunto de princípios e institutos jurídicos, agrupados pela Constituição Federal, que devem ser observados pelos procedimentos fixados em normas infraconstitucionais,⁵⁶ como forma de se imprimir o discurso no espaço procedimentalizado.

De qualquer forma, cumpre ressaltar, desde já, que a noção de instituição na teoria neo-institucionalista não tem qualquer relação com a teoria do processo como instituição de Guasp⁵⁷, haja vista que o posicionamento deste

⁵⁶ Cf. LEAL *Teoria Geral do Processo*, p. 86-273.

⁵⁷ GUASP. *Concepto y metodo de derecho procesal*, p. 09-27.

autor destaca como instituição a reunião das atuações que se estruturam pela atividade jurisdicional dos magistrados, que corporificam as diretrizes morais seguidas no meio social, transferindo-as para o pronunciamento estatal por eles elaborado. Neste sentido, verifica-se que esta noção foi embasada em fundamentos decorrentes unicamente da Sociologia, o que desabona suas idéias no que tange à fixação dos contornos do termo instituição, na atualidade.⁵⁸

Ao contrário desse entendimento, a teoria neo-institucionalista não se sustenta em bases estranhas à ciência jurídica, como a concepção adotada pela teoria do processo como instituição, e sim na estrutura constitucionalmente prevista dos princípios garantidores dos direitos fundamentais, que permitem a instauração de uma verdadeira fiscalização pelas partes sobre a criação dos atos decisórios.⁵⁹

Aliás, outra não poderia ser a direção tomada pela teoria neo-institucionalista, haja vista que, nos dias de hoje, o processo deve ser considerado como um direito fundamental de status constitucional, como aponta esta teoria, que

(...) não se estabelece pelas forças imaginosamente naturais de uma Sociedade ideal ou pelo **poder** de uma elite dirigente ou genialmente judicante, **mas** se impõe por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o **princípio da reserva legal do processo**, nas democracias ativas, o eixo fundamental da **previsibilidade das decisões**. (...) ⁶⁰

Nesses termos, verifica-se que, para a teoria em análise, o processo constitui-se no centro do sistema processual, sendo imprescindível para a garantia de um espaço procedimentalizado, que permita a plena discursividade entre as partes.

O discurso possibilitado pelo processo torna esta instituição responsável por proporcionar uma verdadeira integração social dos indivíduos,

⁵⁸ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 86.

⁵⁹ Cf. ALMEIDA. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 68.

⁶⁰ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 88.

retirando o cunho mítico das atividades estatais nela exercidas, com vista a imprimir-lhes racionalidade e objetividade.⁶¹

Em visível adequação ao Estado Democrático de Direito, suas diretrizes teóricas demonstram que, sem se olvidar do disposto no ordenamento jurídico, o processo caracteriza-se pela efetiva participação da comunidade jurídica na construção dos atos decisórios por meio da instauração do discurso pelo devido processo constitucional, com o que se permite às partes conhecer os exatos limites da sentença que será proferida, eis que necessariamente embasada no debate travado ao longo do procedimento, bem como nas normas jurídicas em vigor (reserva legal).

Daí por que, de acordo com a teoria neo-institucionalista, a decisão final nunca é resultado de uma atividade intelectual solitária do julgador, que, por possuir sabedoria e sensibilidade ímpares, é o único capaz de imprimir justiça ao caso concreto.

Na verdade, na visão do processo ora em estudo, o juiz, quando do pronunciamento jurisdicional, obrigatoriamente, deve perpassar pelas alegações levantadas e provadas pelas partes no *iter* procedimental, em que restaram garantidos o contraditório, a isonomia e a ampla defesa.

É com base nessa discursividade estabelecida entre as partes que o órgão julgador cumpre a garantia⁶² de motivação das decisões (art. 93, IX, Constituição Federal de 1988), que, aliás, destina-se a permitir o controle e a fiscalização pelas partes dos atos decorrentes do exercício da jurisdição⁶³, que, ressalte-se, devem necessariamente estar em consonância com o procedimento

⁶¹ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 145.

⁶² Aqui, adota-se a posição de Michele Taruffo, para quem não há mais que se falar na motivação das decisões como um dever imposto ao juiz, como decorrência apenas e tão-somente da necessidade de se fazer cumprir uma regra que o impõe. Ao contrário, na pós-modernidade, diz-se que se trata de uma garantia, atribuída às partes, como forma de lhes possibilitar a fiscalização da atividade judicial (Cf. TARUFFO. *La motivazione della sentenza*, p. 166).

⁶³ Cf. BRÉTAS C. DIAS. *A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito*, p. 147. Nesse mesmo sentido, Michele Taruffo (Cf. TARUFFO. *Sui confini*: Scritti sulla giustizia civile. p. 214).

que os antecede, no qual foi garantido o contraditório, a isonomia e a ampla defesa.

Nesses termos, verifica-se que a participação popular é de grande relevância para a legitimidade da atividade estatal desenvolvida no processo, uma vez que permite a inserção dos indivíduos, pela processualidade, nos direitos fundamentais, imprimindo uma solução amplamente debatida das questões levantadas ao longo do trâmite procedimental. A influência do povo no processo confere-lhe, pois, verdadeira feição democrática, consentânea com a pós-modernidade. Contudo, é preciso deixar claro que esta participação só é realizável por meio da garantia do princípio do devido processo constitucional, que torna possível a construção, reconstrução, transformação ou ratificação do direito pelo povo, que é seu verdadeiro criador e seu permanente intérprete, consoante estabelece a teoria neo-institucionalista.⁶⁴

Daí por que se diz que essa garantia permite, ante a falibilidade característica do sistema jurídico,⁶⁵ a constante testificação da normatividade positivada, renovando-se sua legitimidade e validade, como direcionadora da atuação dos indivíduos.⁶⁶

Em decorrência dessas circunstâncias, os sujeitos do processo não se posicionam como simples expectadores do ato elaborado de forma solipsista pelo órgão estatal, mas, ao contrário, influenciam em sua elaboração e problematização, pela instituição constitucionalizada que é o processo.

Na linha desse pensamento, o processo, ao proporcionar o discurso, possibilita a definição de normas jurídicas nos planos instituinte, constituinte e constituído do direito, tornando-se garantia necessária à criação, reconstrução e aplicação do ordenamento jurídico, o que culmina na formação de um ciclo de

⁶⁴ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 86-90.

⁶⁵ Cf. ALMEIDA. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 66. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 181.

⁶⁶ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 91.

legitimidade normativa, que se faz imprescindível a todo e qualquer sistema jurídico verdadeiramente democrático.⁶⁷

Em uma palavra, poder-se-ia dizer que a legitimidade do direito passa necessariamente pelo espaço procedimentalizado do processo, no qual se assegura de forma plena todas as garantias inerentes ao devido processo constitucional, não havendo que se falar na estruturação de um direito pronto, à espera de ser desvendado por um intérprete, capaz de revelar os dogmas estabelecidos por uma normatividade pressuposta, de cunho metafísico, que impediria, por óbvio, sua submissão à crítica e à fiscalização pelo povo.⁶⁸

Ao contrário, o direito deve ser construído por meio da participação popular, mostrando-se imprescindível, para a consolidação desta sistemática, a fixação do debate entre os próprios destinatários da norma, que, ao mesmo tempo, são responsáveis por sua criação e aplicação, sempre de forma participada.

Nesses termos, as atividades produtiva e realizadora de um direito democrático, sob a visão neo-institucionalista, demandam uma estruturação totalmente diversa do que a simples atuação isolada do julgador, dirigida para a fixação de valores por meio da jurisdição, haja vista ser necessário, no Estado Democrático de Direito, a efetiva intervenção de todos os indivíduos naquelas atividades, o que é possível pela garantia do discurso. É neste espaço procedimentalizado de garantia do debate, que permite a submissão do direito à crítica e à reconstrução, que se lhe imprime sua imperatividade e normatividade características.⁶⁹

Por óbvio que a discursividade em análise deve ser observada, também, quando do exercício da jurisdição, como função aplicativa do ordenamento jurídico que é.

⁶⁷ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 99.

⁶⁸ Cf. ALMEIDA. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 23.

⁶⁹ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 94-104.

Entender-se pelo exercício da atividade jurisdicional no processo com base apenas na atuação do juiz, seria retornar-se aos modelos de Estado Liberal e Social, sob o entendimento esposado pela teoria da relação jurídica⁷⁰, e pela escola instrumentalista⁷¹, o que não é concebível na pós-modernidade.

Tal se justifica pela circunstância de que essas duas escolas posicionam a jurisdição no núcleo da ciência processual⁷², com destaque para a figura do juiz, que se posiciona acima e entre as partes⁷³, como ser dotado de grandes virtudes e, pois, capacitado para decidir sobre o rumo das vidas de seus jurisdicionados, conferido a cada parte aquilo que lhe toca, segundo os valores vigentes na sociedade.

De acordo com seus adeptos, para se chegar ao fim do conflito, da maneira mais célere e com o restabelecimento da paz social, é necessário o constante aumento dos poderes do órgão julgador, que, cada vez mais, deve deter a prerrogativa de impor o direito às partes de acordo com o que determinar sua consciência e sabedoria, no intuito de proporcionar uma decisão rápida e justa.

Na teoria neo-institucionalista, ao contrário, a ciência processual gira em torno do processo, como direito fundamental constitucionalizado que é, de sorte que, na verdade, é a jurisdição que se posiciona como instrumento daquele,

⁷⁰ Essa teoria concebe o processo como uma relação jurídica entre autor, juiz e réu.

⁷¹ Essa teoria propõe a existência de escopos metajurídicos para o processo, com destaque para seu escopo social de maior relevância que é a busca pela paz social. De acordo com este entendimento, o processo seria mero instrumento da jurisdição, dando-se maior enfoque à atividade do juiz, detentor de sabedoria ímpar, em detrimento das garantias do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. (Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 41. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 325).

⁷² Cf. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 79-81. Cândido Rangel Dinamarco afasta a possibilidade de se posicionar a ação ou o processo como núcleo do Direito Processual. No tocante ao processo, esclarece o autor: “Nem o *processo* merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência de idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. (...)” (DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 79). Em outra passagem destaca: “A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicística do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. (...)” (DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 81).

⁷³ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 294

haja vista que a função jurisdicional apenas alcança sua legitimidade pelo processo.⁷⁴

Nesses termos, com a adoção da teoria em análise, afasta-se qualquer arbitrariedade ou subjetivismo do órgão julgador, uma vez que a jurisdição deverá necessariamente ser exercida em consonância com a principiologia institutiva do processo, que determina ao juiz a observância da argumentação levada a cabo pelas partes ao longo do procedimento, com base na normatividade previamente estabelecida.⁷⁵

Essa função estatal, dessarte, há que ser realizada levando-se em conta o devido processo constitucional, com vista a fazer valer, de forma cogente e com imparcialidade, as normas jurídicas em vigor, fundando-se sempre na idéia de conservação dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstos em favor do povo,⁷⁶ com o que se legitima a tutela da lei pelo processo, inclusive quando deferida de forma antecipada.

Em razão dessas circunstâncias, a jurisdição, como aponta a teoria neo-institucionalista, é considerada como atividade-dever do juiz de observar e determinar a observância do ordenamento jurídico positivado, por meio das garantias constitucionais processuais e do princípio da reserva legal, dentro do espaço crítico-discursivo do processo. Somente na processualidade é que se regula e torna-se válido o exercício desta função, de modo que não há jurisdição sem processo.⁷⁷

Ressalte-se, ainda, que o resultado da realização da atividade jurisdicional, que é a sentença, não se constitui em ato isolado do órgão julgador, como se não houvesse qualquer controle do seu desempenho pelos destinatários do pronunciamento estatal. Na verdade, a decisão é construída pela atividade das partes, garantidos o contraditório, a ampla defesa e a isonomia,

⁷⁴ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 26-35.

⁷⁵ Cf. TEIXEIRA. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*, p. 47.

⁷⁶ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 83-84.

⁷⁷ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 26-35.

com vasta possibilidade a elas concedida de fiscalização sobre a atividade do juiz, o que torna a decisão legítima e racional.

A parte, aliás, tem especial destaque na teoria neo-institucionalista do processo. Vista como o sujeito ao qual a lei confere legitimidade para atuar a própria lei, no processo ela faz valer sua garantia de liberdade na estruturação do procedimento.⁷⁸

Sua efetiva atuação em âmbito processual, como corolário do princípio do contraditório, é imprescindível para que se concretize a instituição do processo, pois que, sem esta garantia e sem os princípios da ampla defesa e da isonomia não há que se falar em processo, mas em mero procedimento.

O procedimento, ao contrário do processo, constitui-se em uma “Estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais, segundo o modelo legal, numa relação espaço-temporal, em que o ato inaugural é pressuposto do ato conseqüente e este como extensão do ato antecedente (...)”⁷⁹, prosseguindo-se desta forma até a decisão final, sendo este o ato que põe fim ao procedimento.

Trata-se, dessarte, de um percurso construtivo do ato decisório, constituído por uma seqüência de etapas que se encontra prevista no ordenamento jurídico, cuja observância, na forma sucessiva em que são legalmente dispostas, conduz ao pronunciamento jurisdicional. Contudo, é preciso deixar claro que o procedimento diferencia-se do processo, em decorrência da ausência naquele das garantias constitucionais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, denominadas pela teoria neo-institucionalista como princípios institutivos do processo, diante de sua inerência a esta instituição constitucionalizada, conferindo-lhe sua própria configuração⁸⁰.

O contraditório, como um desses princípios, caracteriza-se pela discursividade entre as partes que se posicionam na proteção ou disputa de

⁷⁸ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 60-64.

⁷⁹ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 299. Essa noção de procedimento, adotada pela teoria neo-institucionalista, baseia-se nos ensinamentos de Elio Fazzalari, aprimorando-se, porém a noção exposta por este processualista. (Cf. FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p. 113-119).

⁸⁰ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 92-110.

direitos, permitindo-se, ainda, o exercício da liberdade de se manterem em silêncio, apesar de possuírem a garantia de efetivamente se manifestarem.⁸¹

Nesses termos, o contraditório avulta-se como garantia imprescindível para a formação da estrutura discursiva existente no processo, proporcionando a concretização da cidadania, pela abertura do espaço procedimentalizado à participação popular.

Seus contornos, estabelecidos pela teoria neo-institucionalista, afastam-se da mera bilateralidade de audiência, como se fosse suficiente o dizer e contradizer do autor e do réu, ainda que sem qualquer influência na construção do pronunciamento jurisdicional, uma vez que, se assim fosse, haveria apenas uma participação ilusória das partes na elaboração do ato decisório, por meio da simples concretização de sua prerrogativa de ser ouvida.⁸²

Ao contrário, essa teoria propõe, com base no princípio do contraditório, uma verdadeira influência crítico-dialógica das partes ao longo do procedimento, como destinatários que são do pronunciamento estatal,⁸³ conferindo-se, com isto, legitimidade à decisão proferida pelo juiz.

Como decorrência dessa garantia, avulta-se, inclusive, o dever atribuído ao órgão julgador de incitar o discurso das partes sobre todas as questões surgidas no procedimento, mesmo aquelas passíveis de serem conhecidas e resolvidas de ofício, com o que se impede a elaboração subjetiva e antidemocrática da sentença.⁸⁴

A isonomia, por seu turno, caracteriza-se como um dos principais fundamentos da própria democracia, e revela-se na possibilidade de as partes possuírem a mesma participação temporal na formação da decisão jurisdicional.

Na esteira desse pensamento, é preciso que não seja deferido para o autor ou réu, qualquer privilégio não concedido para a outra parte, sendo

⁸¹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 97.

⁸² Cf. NUNES. *O princípio do contraditório*, p. 75-77.

⁸³ Cf. TEIXEIRA. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*, p. 105.

⁸⁴ Cf. NUNES. *O princípio do contraditório*, p. 51.

necessário, ao revés, que seja proporcionado a ambas as partes iguais oportunidades de exercerem influência sobre a elaboração do ato decisório. Porém, esclareça-se que não se trata somente de equiparar todos os indivíduos em relação à normatividade já existente. Mais do que isto, o próprio ordenamento jurídico deve ser criado em consonância com o princípio da isonomia.⁸⁵

Esse entendimento não se coaduna com a noção tradicionalmente aceita pela doutrina de que a isonomia equivale a tratar os iguais de forma desigual e os desiguais de maneira desigual, haja vista que no processo a participação das partes não é sistematizada de acordo com a hipossuficiência, principalmente econômica, de uma em relação à outra. Na visão neo-institucionalista, a isonomia cinge-se a possibilitar a igualdade de participação das partes na formação do procedimento,⁸⁶ não sendo permitido o benefício conferido a apenas uma delas com base em subjetivismos do órgão julgador ou com fundamento em favor previsto em lei, não amparado pelo Estado Democrático de Direito.⁸⁷

Ressalte-se, ademais, que, para haver a concretização no processo desse princípio, em toda a sua dimensão, é preciso que se verifique a igualdade das partes não apenas diante da norma jurídica (isotopia), mas também nas atividades de interpretação (isomenia), extinção e reconstrução (isocrítica) do ordenamento jurídico, o que denota a necessidade de assegurar-se a isonomia em toda a sistemática processual legitimante da normatividade jurídica.⁸⁸

No que se refere à ampla defesa, como garantia estritamente ligada aos dois outros princípios, cumpre salientar que suas diretrizes, na teoria neo-institucionalista, determinam que a extensão da defesa seja efetivada nas limitações temporais do procedimento discursivamente realizado.

⁸⁵ Cf. TEIXEIRA. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*, p. 117-118.

⁸⁶ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 98.

⁸⁷ Cf. TEIXEIRA. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*, p. 118.

⁸⁸ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 109.

Ressalte-se que essa extensão dos atos defensivos não quer significar produção infinita da defesa, até porque, se assim fosse, haveria verdadeira dilatação indevida do lapso temporal necessário à prolação da sentença.⁸⁹ O que se entende por esta ampliação é que a defesa seja exercitada por todos os meios e elementos de prova, dentro do prazo determinado pelo ordenamento jurídico, que fora fixado de acordo com o devido processo legislativo. Neste sentido, verifica-se que o princípio em questão permite liberdade de raciocínio cômodo dos elementos essenciais da realização da defesa com eficiência,⁹⁰ por meio da simples observância das normas jurídicas em vigor (princípio da reserva legal), afastando-se de pronto, em decorrência de seu absoluto caráter ditatorial e arbitrário, os reclamos de parte da doutrina no sentido de reduzir os prazos legalmente previstos, como forma de imprimir rapidez ao trâmite procedimental, a partir do necessário sacrifício do direito de defesa.⁹¹

Acrescente-se, ainda, que a ampla defesa, sob as bases da teoria neo-institucionalista, possibilita o exercício dos atos defensivos não apenas em relação a questões procedimentais ou de mérito, porém igualmente “(...) numa concepção expansiva da negação ou afirmação de constitucionalidade dos atos e conteúdos jurídicos das pretensões e de sua procedimentalidade formal. (...)”⁹²

Nesse sentido, verifica-se a considerável amplitude desse princípio, que deve ser garantido em todos os seus termos em benefício das partes, sob pena de nem mesmo ser possível falar-se em processo.

Ressalte-se que para o efetivo controle da realização não só dessa diretriz principiológica, mas também dos princípios do contraditório e da ampla defesa, faz-se mister que o órgão julgador apresente a motivação do seu ato decisório, que deve levar em conta necessariamente toda a atividade crítico-

⁸⁹ Cf. TEIXEIRA. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*, p. 109.

⁹⁰ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 98.

⁹¹ Cf. TEIXEIRA. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*, p. 109.

⁹² LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 171

discursiva do autor e do réu realizada ao longo do procedimento, bem como as disposições expressas no ordenamento jurídico em vigor.

A importância dessa fiscalização justifica-se pelo fato de que é a presença dos princípios institutivos, conforme explicação supra, que fazem do processo uma instituição, que busca garantir a efetiva atuação dos direitos fundamentais, que, aliás, necessariamente devem perpassar pelas garantias do contraditório, da ampla defesa e da isonomia já quando de sua inserção no texto constitucional.

Mais do que isso, a efetiva observância desses princípios possibilita a participação das partes na elaboração da decisão, possibilitando-lhes não só a constante testificação do direito positivado, mas também a sua permanente (re)construção, o que confere cunho democrático ao processo.

Daí por que, nos dias de hoje, a teoria neo-institucionalista é a que melhor se coaduna com o Estado Democrático de Direito, eis que assegura o verdadeiro discurso entre as partes, sob a garantia do devido processo constitucional, não apenas na aplicação do direito, como corolário da função jurisdicional, mas igualmente no exercício das funções administrativa e legislativa.

Em decorrência dessa circunstância, é essa teoria que irá tornar possível uma análise da tutela antecipada *inaudita altera parte* sob o enfoque da ciência processual pós-moderna, permitindo compatibilizar a concessão daquela medida de urgência com os contornos do sistema jurídico determinado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, a partir da possibilidade de seu deferimento quando o caso concreto envolver a aplicação dos direitos fundamentais, já pré-decididos no plano constituinte em conformidade com as garantias inerentes ao devido processo constitucional.

CAPÍTULO II – INFLUÊNCIA DO TEMPO NO PROCESSO

2.1. Tempo e processo

Como salientado, o processo avulta-se, no Estado Democrático de Direito, como instituição constitucionalizada pautada pela garantia dos princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, voltando-se para a elaboração de uma decisão verdadeiramente legítima e participada.

Trata-se, pois, de um procedimento, destinado à formação de um pronunciamento do Estado, no qual são assegurados os princípios institutivos, que permitem a discursividade entre as partes, nos planos constituinte e constituído do direito.

Justamente em decorrência da complexidade de sua sistemática, verifica-se que o trâmite procedimental, composto por uma série de atos consecutivos e independentes, demanda dispêndio de tempo, necessário para que as partes apresentem e demonstrem seus argumentos acerca da situação posta sob apreciação do órgão estatal.

Nessa linha de pensamento, não se afigura possível a realização das fases do procedimento de forma instantânea e simultânea, sob pena de estabelecer-se verdadeira desordem na realização dos atos procedimentais e de impedir-se o amplo debate pelas partes sobre as questões discutidas no espaço discursivo procedimentalizado.⁹³

Desse modo, verifica-se que o tempo afigura-se essencial para a própria depuração daquilo que se discute no processo,⁹⁴ do que se conclui que está ele indissolavelmente ligado ao trâmite procedimental, não se podendo dele dissociar.

⁹³ Cf. RIBA TREPAT. *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*, p. 14-41.

⁹⁴ Cf. VIEIRA. *A ordinariade reformada*, p. 114.

Contudo, apesar dessa necessária duração do procedimento, verifica-se que sua tramitação tem sido cada vez mais longa, determinando a existência de um grande lapso temporal entre a propositura da ação e a sentença proferida pelo órgão jurisdicional, com muitas e graves conseqüências negativas dentro e fora do procedimento.

Essa circunstância tem chamado a atenção da doutrina,⁹⁵ que se restringe a debater as influências negativas que o tempo pode ocasionar à utilidade do ato decisório, apresentando soluções incompatíveis com o Estado Democrático de Direito para a neutralização destes problemas, com especial enfoque para a concessão da tutela antecipada sem a audiência do réu em todas as hipóteses submetidas à decisão estatal.⁹⁶

Uma primeira crítica que essa linha de pensamento aponta é que, mesmo diante do crescimento tecnológico alcançado na atualidade, não há correspondência desta modernização na atividade jurisdicional, bem como na própria organização estrutural do órgão judiciário, o que tem contribuído para a lentidão do exercício daquela função.⁹⁷

Na verdade, é, inclusive, em decorrência dessa circunstância que se vem afirmando que a técnica processual não tem se amoldado à realidade dos tempos modernos,⁹⁸ o que acaba implicando em decisões sem qualquer eficácia no plano fático, pela demora em sua prolação.

De qualquer forma, mesmo antes da explosão tecnológica dos últimos tempos, a demora no procedimento sempre foi considerada causa de várias

⁹⁵ Com base nas lições de Juan Monroy Gálvez e Juan José Monroy Palácios, pode-se dizer que essa preocupação da doutrina acerca da rapidez no trâmite processual intensificou-se, ainda, mais no século presente, caracterizado em uma única palavra pelos doutrinadores como o século da fugacidade (Cf. GALVÉZ; PALACIOS. *Dal mito del processo ordinario alla tutela differenziata* p. 89).

⁹⁶ O anseio pela celeridade no processo tem fundamentado a busca pela alteração das legislações processuais em todo o mundo, que estabelecem diretrizes voltadas para diminuir, o quanto possível, o período de tempo despedido entre o início do procedimento e a sentença final (Cf. BERIZONCE. *Luces y sombras del proceso civil contemporaneo*, p.86). Nesse mesmo sentido, é a lição de Augusto M. Morello (Cf. MORELLO. *Las reformas del proceso civil em Europa*, p. 755).

⁹⁷ Cf. LOPES. *Efetividade do processo e reforma do código de proceso civil: como explicar o paradoxo processo moderno - justiça morosa?*, p. 136.

⁹⁸ Cf. BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 16

conseqüências negativas, nem sempre restritas ao espaço procedimentalizado, o que determinou e tem determinado o entendimento de grande parte dos processualistas no sentido de apontar o tempo como inimigo do processo⁹⁹ e da tutela jurisdicional célere e justa.

Isso porque a demora na atividade jurisdicional impinge às partes que participam do trâmite processual o prolongamento de sua angústia, uma vez que não vêem seus direitos atendidos de pronto pela jurisdição, apesar de estarem expressamente previstos no ordenamento jurídico, sendo certo que seu anseio pelo exercício rápido e efetivo desta função não é verdadeiramente concretizado pelo sistema jurisdicional em vigor.¹⁰⁰

Da mesma forma, obstaculiza a imediata restauração do equilíbrio social, então rompido pelo surgimento do conflito, prolongando no tempo uma situação de insatisfação das partes. Neste sentido, ao invés de proporcionar a rápida solução dos litígios, o elemento temporal funciona como o principal causador da destruição de direitos.¹⁰¹

Diante dessas circunstâncias, verifica-se que a morosidade da atividade jurisdicional impede que o processo alcance sua finalidade basilar, que é a concretização do direito material daqueles que recorrem ao Estado, impedindo que lhes seja proporcionado um processo verdadeiramente eficiente.¹⁰²

Sob esse enfoque, a doutrina sempre faz questão de lembrar a idéia de que a justiça tardia equivale verdadeiramente à denegação de justiça,¹⁰³ eis que o

⁹⁹ Cf. CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*, p. 110. Essa doutrina embasa-se sempre na existência de excessiva duração do processo e não do procedimento, o que não pode ser acatado no Estado Democrático de Direito, como a seguir será explicado.

¹⁰⁰ Cf. CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*, p. 11-12. GAJARDONI. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*, p. 152. ANDOLINA. *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale*. la (nuova) tutela provvisoria di merto e le garanzie costituzionale del giusto processo, p. 79.

¹⁰¹ Cf. SAMPAIO. *Os prazos no Código de Processo Civil*, p. 17. DINAMARCO. *Nova era do processo civil*, p. 55.

¹⁰² Cf. GAJARDONI. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*, p. 155.

¹⁰³ Cf. CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*, p. 110. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Cf. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 195-200) explica que a expressão “justiça tardia equivale à denegação de justiça” decorre do adágio inglês *justice delayed, justice denied*, que reflete provérbio francês com proximidade de significado *justice rétive, justice fautive*. O termo em inglês é bastante usado pela Corte Européia, criada pela

atraso na solução dos litígios, muitas vezes, culmina na falta de utilidade do pronunciamento jurisdicional,¹⁰⁴ tornando despicienda a própria prolação da sentença de mérito.

Essa afirmação se baseia, também, na circunstância de que a demora na atividade jurisdicional conduz à formação de um ato decisório desprovido de legitimidade e correição, uma vez que muitas vezes encontra-se embasado em produção de provas já realizada com grande distanciamento dos fatos que envolvem a causa e que, por isto, já não retratam com grande fidelidade o substrato fático que fundamenta a demanda.¹⁰⁵

Por essa razão, o tempo tem sido considerado como o principal elemento desencadeador da crise pela qual passa a função jurisdicional, que não tem merecido crédito pelos jurisdicionados justamente em decorrência da demora no pronunciamento das decisões. Nestes termos, a influência negativa do tempo transborda o âmbito do processo para atingir a própria imagem desta função estatal, estimulando nos jurisdicionados a idéia de que é impossível existir rapidez no exercício desta atividade, e, pois, legitimidade das decisões.¹⁰⁶

Acrescente-se, ainda, que, de acordo com grande parte da doutrina, a morosidade da jurisdição propicia a violação do princípio da isonomia no âmbito processual, eis que a parte detentora de maior capacidade financeira

Convenção Européia dos Direitos do Homem, para fundamentar sua imposição, sobre os Estados signatários (art. 6º), da necessária realização do princípio da celeridade, que determina o exercício da atividade jurisdicional em prazo razoável, vedando a prática de dilações indevidas ao longo do procedimento, no intuito de garantir às partes a eficiência na concretização deste serviço estatal. O atraso no exercício da jurisdição, como hipótese de funcionamento anormal ou funcionamento defeituoso desta função, na França, é englobado, ainda, pelo termo “denegação de justiça” (*déni de justice*). Contudo, neste país o termo em questão, na verdade, expressa idéia mais dilatada, pois inclui em seu significado toda eventual imperfeição ou insuficiência na concretização da atividade jurisdicional. Na Itália, o significado do termo (*diniogo di giustizia*) é mais restrito, pois abarca apenas as hipóteses de negativa, omissão ou demora do órgão julgador em exercer as condutas a ele cabíveis no processo, dentro dos prazos legalmente previstos, ocasionando, com isto, prejuízo às partes.

¹⁰⁴ Cf. TOMMASEO. *I provimenti d'urgenza*: Struttura e limiti della tutela antecipatória, p. 63.

¹⁰⁵ Cf. GAJARDONI. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*, p. 156.

¹⁰⁶ Cf. CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*, p. 110.

suportará, com menos prejuízos, a duração excessiva do trâmite processual, o que não ocorre com as partes menos abastadas.¹⁰⁷

Essa idéia funda-se no entendimento de que quanto mais longo o processo, mais danos podem sofrer os jurisdicionados que dele participam e que aguardam o pronunciamento jurisdicional, sendo, em regra, menos onerosa esta conseqüência negativa para a parte mais rica da demanda, o que certamente lhe incita a persistir na defesa de seus interesses e desestimula a parte com menor capacidade financeira.

De qualquer forma, é preciso salientar que, para muitos, a excessiva duração do processo traz prejuízos para alguns dos jurisdicionados, determinando, em contrapartida, uma situação vantajosa para outros, que são favorecidos por este atraso, na medida em que não possuem interesse na realização do disposto no ordenamento jurídico.¹⁰⁸

Alguns autores vão mais longe no estudo da repercussão do tempo no processo, afirmando que a morosidade influencia a própria economia estatal, já que a lentidão no exercício da função jurisdicional produz insegurança nas relações jurídicas, afastando investimentos internacionais.¹⁰⁹

É que a incerteza do desfecho de um processo, ainda mais reforçada pela demora de sua conclusão, não fornece a estabilidade necessária para que outros Estados destinem recursos ao país, que, ressalte-se, são relevantes para seu crescimento econômico.

Em vista do exposto, verifica-se que existe uma forte tendência da doutrina em apontar as conseqüências negativas alcançadas pelo tempo no

¹⁰⁷ Cf. GAJARDONI. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*, p. 155.

¹⁰⁸ Cf. MARINONI. *O custo e o tempo do processo civil brasileiro*, p. 82. Conforme será analisado mais à frente, é justamente para conferir isonomia às partes do processo que grande parte da doutrina propõe a concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte* de forma indiscriminada, uma vez que, somente nestes termos, é que seria possível conferir ao autor que tem razão o imediato gozo de seus direitos. Por óbvio, este entendimento não condiz com a ciência processual pós-moderna, que aceita o deferimento desta medida apenas de forma excepcional.

¹⁰⁹ Cf. GAJARDONI. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*, p. 156.

âmbito processual, motivo pelo qual colocam a celeridade como o objetivo principal a ser alcançado no processo, ainda que, para tanto, haja prejuízo aos seus princípios institutivos.

2.2. Celeridade como efetividade do processo¹¹⁰

Por força de toda essa influência negativa que o tempo acarreta ao processo, como anteriormente ressaltado, vem se fortalecendo uma posição doutrinária que supervaloriza a rapidez no trâmite processual, em detrimento das demais garantias constitucionais do processo, como se sua duração fosse o principal problema existente no âmbito jurisdicional.

É preciso salientar que referida tendência já havia sido constatada pela doutrina italiana, que destaca que esta corrente busca novos mecanismos processuais, que visem fornecer às partes não apenas a atividade jurisdicional pleiteada, porém, mais que isto, técnicas capazes de conferir-lhes uma tutela rápida que quase nunca seria alcançada por um processo de cognição plena, por si só.¹¹¹

Ressalte-se que dita doutrina, capitaneada pelos autores adeptos das teorias da relação jurídica e instrumentalista,¹¹² posiciona a rapidez do trâmite processual como único meio de se assegurar a efetividade da função jurisdicional, como se processo célere equivalesse a processo efetivo.¹¹³

Para a garantia da tão propalada efetividade processual, uma das técnicas mais citadas por este posicionamento é justamente a tutela antecipada

¹¹⁰ É preciso esclarecer que as idéias que ora serão apresentadas vinculam-se aos contornos dos Estados Liberal e Social. Posteriormente (tópico 2.3) serão elas confrontadas com os parâmetros determinados pelo Estado Democrático de Direito.

¹¹¹ Cf. PROTO PISANI. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 599. Nesse sentido, Ítalo Augusto Andolina afirma que, diante da constante busca pela rapidez na atividade jurisdicional, vem se estabelecendo uma verdadeira crise do procedimento ordinário comum, de cognição plena, havendo, por isso, um clamor pela adoção de mecanismos processuais menos complexos. (Cf. ANDOLINA. *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale*. la (nuova) tutela provvisoria di mertio e le garanzie costituzionale del giusto processo, p. 72).

¹¹² Cf. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 325.

¹¹³ Na Itália, a duração razoável do processo é colocada como garantia imprescindível para a efetivação de um processo verdadeiramente justo. (Cf. COMOGLIO. *Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa*, p. 107).

inaudita altera parte, que se avulta, sob este ponto de vista, como instituto capaz de fazer valer o princípio da isonomia no processo, na medida em que, ao deferir a proteção pleiteada em sede de liminar, coloca as partes em idêntica posição na busca de seus direitos.¹¹⁴

Nesse sentido, como principal colaborador das idéias em comento, Andrea Proto Pisani expõe que é necessário, para se garantir uma tutela verdadeiramente efetiva, que seja concedido ao autor, único detentor da razão, dentro de um prazo razoável, tudo o que lhe for devido de acordo com o direito material.¹¹⁵

No mesmo sentido, é a lição de Juan Monroy Gálvez e Juan José Monroy Palácios, ao apontarem que a demora da função jurisdicional cria uma desigualdade entre as partes, favorecendo o réu, que fica ao longo do processo no gozo do objeto do litígio, ao passo o autor, que possui o melhor direito¹¹⁶ no caso concreto, deve aguardar o fim do trâmite processual para que haja a realização das prerrogativas a que faz jus.¹¹⁷

De acordo com esse entendimento, referida circunstância ocorre, como regra, pelo fato de que o processo, principalmente aquele de cognição plena, possui uma duração fisiológica, que atua de forma prejudicial à própria efetividade da medida pleiteada, trazendo prejuízos à parte que leva sua pretensão à apreciação do Estado.¹¹⁸

¹¹⁴ A tutela antecipada *inaudita altera parte* a partir da visão das teorias da relação jurídica e instrumentalista será analisada mais detalhadamente no capítulo III.

¹¹⁵ Cf. PROTO PISANI. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 649-651.

¹¹⁶ É preciso esclarecer que a idéia ora exposta destoa das diretrizes determinadas pelo Estado Democrático de Direito, como adiante se verá. Especificamente sobre a questão de que o autor possui o melhor direito, cumpre salientar, de pronto, que não existe sustentabilidade jurídica nesta afirmação, pois que, no sistema democrático, o direito pleiteado na demanda pode ser acertado em favor do autor, ou do réu. Este acertamento só se verifica após a concretização do devido processo constitucional, com todas as garantias a ele inerentes, de sorte que são as partes, por meio de suas alegações e provas, que construirão o ato decisório, ao qual se submeterão.

¹¹⁷ Cf. GALVÉZ; MONROY. *Dal mito del processo ordinario alla tutela differenziata*, p. 90

¹¹⁸ Cf. PROTO PISANI. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 605. Vide, a respeito, a crítica feita a esse posicionamento na nota de rodapé n. 111.

Nesses termos, a duração excessiva é atribuída à realização plena do contraditório, típica daquela espécie processual, que confere maior rigor e maior sofisticação ao procedimento, em conseqüente detrimento de sua rapidez.¹¹⁹

Na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni reforça as idéias expostas pelos processualistas estrangeiros, ao também afirmar que o ônus da demora no exercício da jurisdição, esta decorrente em grande parte da generalização do procedimento ordinário, é imposta apenas ao demandante, verdadeiro titular do direito pleiteado em juízo.¹²⁰

Para esse autor, o modelo clássico de tutela, representado pelo procedimento ordinário, é o grande responsável pela lentidão que assola a função jurisdicional, impedindo a adequada proteção do direito material, e, por via de conseqüência, determinando a incompatibilidade do processo com os reclamos da sociedade.¹²¹

Na linha desse pensamento, José Roberto dos Santos Bedaque igualmente aponta que a principal contribuição para a demora jurisdicional encontra-se no procedimento de conhecimento, que requer a realização de vários atos processuais para a formação da decisão final, de sorte que resta impossível

¹¹⁹ Cf. PROTO PISANI. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 651. No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio acentua que a demora exagerada no exercício da jurisdição constitui-se em um vício congênito do procedimento comum ordinário, que impede a própria efetividade do processo, e, pois, a concretização da garantia do processo justo (Cf. COMOGLIO. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative de tutela*, p. 72-83). Da mesma forma, Giuseppe Tarzia destaca que, para fazer valer esta última garantia do processo justo, é de suma importância assegurar-se às partes a duração razoável do processo. (Cf. TARZIA. *L'art. 111 e Le garanzie europee del processo civile*, p. 169-174).

¹²⁰ Cf. MARINONI. *Antecipação da tutela*, p. 26-31. De acordo com esse pensamento, sendo o autor detentor do melhor direito, seria ele o único a sofrer os prejuízos decorrentes da demora na atividade jurisdicional. Como já ressaltado (nota de rodapé n. 111), esta idéia não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, não sendo possível afirmar que os danos pela morosidade da jurisdição somente atingiriam uma das partes. Ao contrário, esta circunstância pode afetar tanto o autor como o réu, que, inclusive, podem ser indenizados pelos prejuízos sofridos, por meio da responsabilidade do Estado pelo funcionamento anormal ou defeituoso deste serviço (Cf. BRÉTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 194-203).

¹²¹ Cf. MARINONI. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 01. Nesse mesmo sentido, Luigi Montesano e Giovanni Arieta deixam clara a importância de modelos diferenciados de tutela, que não o procedimento ordinário, na busca de se evitar prejuízos, decorrentes da duração do trâmite processual, ao autor da demanda, que tem razão (Cf. MONTESANO; ARIETA. *Diritto Processuale Civile*, p. 143).

o deferimento imediato da medida pleiteada, circunstância esta que conduz, muitas vezes, à inutilidade da decisão proferida.¹²²

Para esse autor, é a complexa técnica processual, com seu formalismo exagerado, aliada à sua incorreta concretização, que colaboram com a morosidade em comento e, por via de consequência, com a falta de efetividade do processo. Esta constatação existente no sistema processual brasileiro, de acordo com o entendimento ora apresentado, demonstra que o processo tem sido usado como instrumento não voltado para a realização do direito das partes, mas sim em prol da forma excessiva e inútil, tornando ainda mais longínquo o seu objetivo de proporcionar a justiça no caso concreto.¹²³

Daí por que afirma o autor que não é suficiente que o ordenamento jurídico assegure, por meio da função jurisdicional, a tutela do direito material, sendo preciso, ainda, que esta tutela seja simplificada e tempestiva, obstando-se a demora do trâmite processual, que, ressalte-se, tem impedido o processo de realizar verdadeiramente seus escopos, possibilitando, ao revés, que ele se torne mais uma origem de insatisfações.¹²⁴

Por isso é que se deve buscar imprimir a este instrumento uma maior rapidez, com vista a que ele alcance, de forma mais célere, seus resultados, independentemente dos meios usados para esse fim. Tanto é assim que se mostra válida a idéia de deixar-se de lado a busca incessante pela certeza e pela verdade dos fatos, atenuando-se, inclusive, o princípio da segurança jurídica, com vista a permitir que o processo torne verdadeiramente útil e efetiva a proteção pleiteada pelas partes.¹²⁵

Cândido Rangel Dinamarco também reforça a idéia acima apresentada de que o formalismo é um dos grandes responsáveis pela demora excessiva da

¹²² Cf. BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 17-18.

¹²³ Cf. BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 25-35.

¹²⁴ Cf. BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 17-21.

¹²⁵ Cf. BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 87.

atividade jurisdicional. Porém, como fundamento deste formalismo afirma que são os princípios e garantias aplicáveis ao processo, e necessários ao próprio Estado Democrático de Direito, que enrijecem este instrumento e impedem a concessão pelo juiz de uma tutela rápida e justa, em especial por impedir-lhe de agir com o bom senso e sensibilidade imprescindíveis ao alcance deste mister. As palavras do doutrinador são claras, ao estabelecer que o conceitualismo existente nos séculos XIX e XX

(...) haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravam a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana. (...) Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.¹²⁶

Na linha dessas idéias, o autor acrescenta, ainda, que a valorização dos princípios e garantias processuais nada mais é que a pura expressão do positivismo, não permitindo interpretações mais teleológicas por parte do julgador, haja vista que a ele cabe apenas a tarefa de aplicá-los, de forma mecânica, conforme sua previsão em lei. Neste sentido, Dinamarco afirma que estas idéias garantistas servem apenas para posicionar o juiz como mero aplicador da lei, eis que age sem questionar a justeza das normas impostas. Para o doutrinador, na verdade, o princípio base a ser assegurado seria o de fornecer a prestação da atividade jurisdicional àquele que está com a razão, sendo certo que qualquer outro princípio que impeça sua plena concretização, e mais, sua concretização de maneira célere, há que ser imolado, ainda que dito princípio seja o da segurança jurídica.¹²⁷

¹²⁶ DINAMARCO. *Nova era do processo civil*, p. 11-12.

¹²⁷ Cf. DINAMARCO. *Nova era do processo civil*, p. 12-14. A propósito, Ítalo Augusto Andolina igualmente afirma que, nos tempos modernos, caracterizados por um grande número de controvérsias, os jurisdicionados almejam (na verdade, contentam-se com) primeiramente a solução rápida da demanda, colocando-se em segundo plano a busca da verdade, que, por isto, acaba perdendo seu espaço para a busca da verossimilhança (Cf. ANDOLINA. *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale*. la (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionale del giusto processo, p. 79).

Isso por que o que importa é a rápida solução do litígio, com a supressão da controvérsia existente, único meio de se alcançar a utilidade social do processo, sendo de somenos relevância o exato cumprimento da norma jurídica.¹²⁸

Além disso, faz-se mister ressaltar que a mitigação das garantias constitucionais é plenamente possível e não torna o processo destoante da legitimidade pela qual deve pautar-se, eis que motivada pela necessidade de obter-se um trâmite processual imune a delongas, que não seria concretizado sem o desligamento da irracionalidade daquelas prerrogativas conferidas às partes. Aliás, dita mitigação, associada ao abandono de dogmas e à uma nova visão das diretrizes principiológicas do processo, torna-se imperativa diante das falhas do ordenamento jurídico vigente, que não é suficiente para tratar de todos os fatos surgidos na realidade fática e, muitas vezes, não conduz a uma solução processual ágil e justa.¹²⁹

Nesse sentido, a participação ativa do órgão julgador no processo é imprescindível para se alcançar o objetivo em questão, uma vez que deve ele não apenas buscar a norma adequada para as situações não positivadas pelo sistema jurídico, mas também é preciso que tente alcançar o espírito da regra, com vista a realizar a verdadeira justiça do caso concreto, com a inserção, no processo, dos valores e anseios da sociedade vigentes ao tempo da aplicação do direito. Com base neste entendimento, cabe ao juiz, juntamente com as partes, realizar os escopos daquele instrumento da jurisdição, circunstância esta que pressupõe a supressão de todos os conflitos e insatisfações existentes na demanda, sendo certo que, para pôr em prática este imperativo, é preciso que a função jurisdicional seja exercida sem demora. Por esta razão, Dinamarco afirma que a rapidez a ser imprimida no trâmite processual é muito importante para a concretização de todas as finalidades do processo, uma vez que conduz à

¹²⁸ Cf. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*. p. 351.

¹²⁹ Cf. DINAMARCO. *Nova era do processo civil*, p. 20-21.

célere realização da vontade legal (escopo jurídico), com a imediata pacificação do conflito (escopo social) e exclusão das ilegalidades eventualmente praticadas pelo ente estatal (escopo político). Daí por que deve ser oferecido pelo Estado-Provedor não apenas o fácil acesso à jurisdição, mas também a celeridade e desformalização de seu trâmite.¹³⁰

Seguindo em parte a linha defendida por Cândido Rangel Dinamarco, Ovídio Araújo Baptista da Silva igualmente enumera, como causa importante para a falta de efetividade do processo, a exigência típica do procedimento ordinário de garantir-se às partes o contraditório antecedente à decisão jurisdicional, bem como a possibilidade de defenderem-se de forma ampla e plena. Na verdade, para este autor, a necessidade destas garantias, e toda a técnica processual que gira em torno do procedimento ordinário, são responsáveis por imprimir um caráter complexo ao processo, demandando considerável lapso temporal até a prolação da sentença, contribuindo para fomentar a insegurança das partes, no tocante ao resultado da causa posta sob apreciação do órgão judiciário. Neste sentido, a ordinariedade e os efeitos dela decorrentes são postos em xeque, afirmando o autor em análise que a difusão do procedimento ordinário, voltado para a formação de um juízo de certeza, e a grande importância a ele conferida pela doutrina e pelo próprio sistema processual brasileiro, conduzem à duração excessiva do processo, e, pois, à sua falta de efetividade.¹³¹

Para essa linha de pensamento, o considerável prestígio dado ao procedimento ordinário, bem como à cognição exauriente, demonstra a visão racionalista que impera na doutrina e na legislação, impedindo a dinamicidade do sistema processual e o atendimento à celeridade necessária às demandas.

¹³⁰ Cf. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 326-361.

¹³¹ Cf. SILVA. *O contraditório nas ações sumárias*, p. 05-17. Nessa visão, a garantia do contraditório antes da decisão estatal é considerada como um dos entraves à celeridade do processo. Daí por que este posicionamento propõe, como se verá, a concessão da tutela antecipada sem a prévia audiência do réu em todas as hipóteses analisadas pelo Judiciário, haja vista que, somente nestes termos, é que se alcançaria a efetividade do processo. Nestes casos, a realização do contraditório postecipado, sob este ponto de vista, asseguraria o efetivo cumprimento da norma estabelecida no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

É que o juiz, diante da supervalorização conferida à ordinariade pelo próprio ordenamento jurídico, que prevê a sua aplicação como regra no sistema processual, faz com que o juiz restrinja-se a aplicar a técnica em questão ao caso concreto, sem perquirir se ela realmente satisfaz a finalidade do processo e soluciona de forma eqüitativa e útil a demanda apreciada, limitando o papel do órgão julgador ao pronunciamento do desejo da norma jurídica.¹³²

José Carlos Barbosa Moreira, por seu turno, afirma que a efetividade do processo só é atingida quando é desempenhada, de modo eficiente, a função que lhe é dada pela lei de concretizar o direito material, função esta que, ressalte-se, constitui o próprio fundamento de existência e relevância do processo, haja vista seu caráter instrumental.¹³³

No entanto, muitas vezes, a verdadeira tutela do direito material somente é possível em um processo destituído de dilações indevidas, de onde se conclui que, para ser efetivo, o processo também deve ser célere. A rapidez no exercício da jurisdição, tão desejada pela comunidade forense, tem sido buscada por meio de dois mecanismos de sumarização, de acordo com Barbosa Moreira. Em um deles, na sumarização do procedimento, sugere-se uma simplificação das formas e/ou redução dos prazos legais, com vista a obter um pronunciamento jurisdicional mais célere. No outro, denominado de sumarização da cognição, para a busca deste mesmo objetivo, pressupõe-se a possibilidade de serem mitigadas determinadas garantias processuais constitucionais, sendo possível ao órgão julgador eximir-se de concretizar a cognição plena e profunda para a solução da causa.¹³⁴

De qualquer forma, uma ou outra medida põe em relevo a celeridade, que, para o autor, é alçada como **valor** importante a ser assegurado no processo, ainda que, para tanto, haja a necessidade de afastar outras garantias conferidas às partes, se tal conduta for imprescindível para alcançar-se uma tutela

¹³² Cf. SILVA. *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 07-83.

¹³³ Cf. BARBOSA MOREIRA. *Por um processo socialmente efetivo*, p. 15

¹³⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA. *Tutela de urgência e efetividade do direito*, p. 89-92.

jurisdicional de maior qualidade. Neste ponto, porém, seu pensamento não é de que o valor em questão seja superior a todos os outros, devendo ser buscado a qualquer custo. Ao contrário, deve ele compatibilizar-se com os demais valores igualmente caros à sociedade.¹³⁵

Entretanto, cumpre ressaltar que sua garantia possui um papel de destaque na tentativa de concretizar-se um processo verdadeiramente efetivo, de sorte que, para tanto, impõe-se aos sujeitos do processo a busca pela função jurisdicional que confira à parte exatamente aquilo que prevê a norma de direito material, da maneira mais rápida possível.¹³⁶

Humberto Theodoro Júnior igualmente resalta que a morosidade da jurisdição tem contribuído sobremaneira para a inefetividade do processo, tornando cada vez mais distante a concretização do direito a um processo justo.¹³⁷

Contudo, enumera como uma das causas desta situação o considerável desenvolvimento e aprimoramento da função jurisdicional, advindo com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que fez aumentar o número de demandas a serem julgadas por meio da função jurisdicional. É que, com a democracia, os jurisdicionados passaram não apenas a conhecer seus direitos, mas também a possibilidade de fazê-los valer em juízo, o que levou a um aumento da procura pelo órgão judiciário, cujo aparelhamento, no entanto, não foi e não é suficiente para solucionar com presteza as causas postas sob sua apreciação. Ressalte-se que esta circunstância vai de encontro aos anseios da sociedade, que busca na atividade jurisdicional a concretização da vontade da norma jurídica, com o mínimo de gasto de tempo e dinheiro, o que deveria ser levado a cabo por meio de órgãos devidamente equipados, com condições técnicas para a consecução de seus objetivos, e, sobretudo, dignos de confiança. Diante disto, o autor propõe que haja uma verdadeira modernização da função

¹³⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 05.

¹³⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 18.

¹³⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR. *A grande função do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 17-19.

jurisdicional, com a superação de técnicas obsoletas, no intuito de pôr fim à demora no exercício da função jurisdicional, que, ressalte-se, conduz à inutilidade do ato decisório, e obsta a justa solução do conflito de interesses. Nesta esteira, impende salientar a dificuldade que se encontra em realizar o objetivo supra referido, já que

O Poder Judiciário, é lamentável reconhecer, é o mais burocratizado dos poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais.¹³⁸

De qualquer forma, a tentativa de buscar suplantar essas dificuldades está, como ressalta Humberto Theodoro Júnior, na simplificação e presteza das normas jurídicas, aliada à estruturação do órgão judiciário em consonância com as diretrizes da ciência administrativa e dos mecanismos fornecidos pela tecnologia. Contudo, ao mesmo tempo que o autor prega a necessária diminuição da complexidade do procedimento, afirma que esta desformalização, se excessiva, conduz a uma situação já consolidada nos dias de hoje: o incremento do recurso à função jurisdicional, como forma de resolução de controvérsias, em detrimento da solução pacífica dos conflitos. Trata-se da chamada “síndrome da litigiosidade”, que, como já ressaltado, tem como uma de suas principais conseqüências o abarrotamento do Judiciário com o crescimento das demandas a ele submetidas, e, por óbvio, o agravamento da morosidade da jurisdição. Desta forma, propõe o autor, como saída à demora no exercício desta atividade, que seus operadores atuem de forma ousada, para realizar efetivamente os preceitos fundamentais consignados no texto constitucional, e de forma criativa, para suplantar os mecanismos obsoletos do juízo, tudo com vista a proporcionar uma função jurisdicional com maior celeridade e maior qualidade.¹³⁹

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*: Insuficiência da reforma das leis processuais, p.71.

¹³⁹ Cf. THEODORO JÚNIOR. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*: Insuficiência da reforma das leis processuais, p. 73-78.

Ressalte-se que os ensinamentos apontados pelo autor apenas reforçam as idéias dos demais doutrinadores aqui expostas, que posicionam a celeridade como princípio absoluto, a ser alcançado a qualquer preço, mesmo que em detrimento do devido processo constitucional e das garantias a ele inerentes.

Para essa doutrina, que, como se verá mais a frente, encontra-se de há muito ultrapassada, a rapidez da jurisdição é a única forma de se garantir às partes um processo verdadeiramente efetivo, razão pela qual pregam como ponto-chave de seus ensinamentos a célebre frase: justiça morosa não é justiça, mas sim sua própria denegação.¹⁴⁰

Por essa razão, os adeptos desse posicionamento no Brasil propõem a constante modificação das normas processuais, com o aumento dos poderes do juiz, a simplificação do procedimento e a supressão de várias garantias constitucionais, sob o fundamento de se buscar o exercício célere da função jurisdicional.

O objetivo desse entendimento é arraigar cada vez mais na sociedade brasileira, inclusive por meio das alterações legislativas, a ideologia fantasiosa de que o órgão julgador seria o único capaz de estabelecer a celeridade no procedimento, por meio de uma proteção judicial antes embasada em sua sensibilidade diante dos anseios de uma justiça rápida,¹⁴¹ do que propriamente em conteúdos objetivos da lei, sempre buscando denotar a inocuidade das garantias do devido processo constitucional, que serviriam apenas como formalismo impeditivo do desempenho rápido e eficaz das atividades judiciais.¹⁴²

Infelizmente, as propostas apresentadas por esse posicionamento têm sido acatadas pelo legislador brasileiro, o que pode ser constatado pelas

¹⁴⁰ Cf. CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*, p. 110.

¹⁴¹ A sensibilidade e discricionariedade do juiz é cada vez mais estimulada pela inclusão no texto reformado de cláusulas abertas, que, em regra, não são definidas pela efetiva participação do autor e do réu, com a apresentação e demonstração de seus argumentos, mas unicamente pelo juiz, com vista a conferir rapidez ao procedimento, proferindo uma sentença útil e justa.

¹⁴² Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 74.

persistentes reformas feitas na legislação processual, que não observam as garantias impostergáveis dos indivíduos, componentes do devido processo constitucional, muito menos a necessária participação popular na formação dos atos decisórios. O pior de tudo isto é que, apesar das várias alterações na lei, não se tem verificado a verdadeira solução do problema, havendo, ao revés, a desestruturação do sistema processual, que já não mais possui um eixo teórico coerente e harmônico.

Essa circunstância ocorre pelo fato de que essa doutrina não visualiza e analisa a questão do tempo com base nas verdadeiras causas do problema, e sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o que tem demonstrado a insubsistência de suas idéias e a sua incapacidade para imprimir celeridade ao trâmite procedimental, sem tornar ilegítimo o pronunciamento jurisdicional prolatado.

2.3. Princípio da celeridade no Estado Democrático de Direito

Uma simples análise dos posicionamentos apresentados é bastante para demonstrar o que se tem constatado nas últimas décadas: uma grande preocupação dos processualistas e mesmo dos jurisdicionados em torno da efetivação da rapidez no trâmite processual (e não procedimental¹⁴³), ainda que para tanto haja a desconsideração aos princípios institutivos do processo – a isonomia, a ampla defesa e o contraditório.

Na esteira desse pensamento, para se alcançar a celeridade, não interessa se houve ou não a garantia do devido processo constitucional, sendo suficiente que a atividade justiceira do órgão julgador tenha alcançado rapidamente os objetivos para os quais foi instada a manifestar-se.¹⁴⁴

¹⁴³ Na pós-modernidade, fala-se em duração excessiva do procedimento ou do trâmite procedimental, uma vez que quando se trata de relação espaço-tempo, quer-se referir ao procedimento, e não ao processo, de acordo com a teoria neo-institucionalista.

¹⁴⁴ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 93-94.

É que o objetivo principal a ser buscado pela doutrina e pela legislação é o de um processo de resultados, que possa chegar da maneira mais célere possível ao pronunciamento jurisdicional, com a tutela efetiva dos direitos materiais submetidos à apreciação do órgão judiciário, não importando os meios utilizados para tanto.

O foco do processo centra-se, nessa visão, muito mais nas implicações numéricas do exercício da jurisdição, especialmente na quantidade de demandas julgadas, do que propriamente na legitimidade e racionalidade do pronunciamento jurisdicional decorrente desta atividade. E nem poderia ser diferente, haja vista que a análise do processo é feita sob o ponto de vista teleológico.¹⁴⁵

Essa circunstância, aliás, é que tem fundamentado a constante imposição de modificações legislativas destoantes do direito democrático, acompanhada do crescimento vertiginoso, e mesmo vulgarizado, da concessão de medidas de urgência sem a prévia audiência do réu.

Na linha desse pensamento, verifica-se não existir preocupação com a participação das partes na formação do pronunciamento estatal, que, muitas vezes, é considerada maléfica ao alcance da efetividade no exercício da jurisdição, de sorte que seu papel no processo acaba restringindo-se àquele de simples expectadores das determinações feitas pelos legisladores e juízes,¹⁴⁶ sem qualquer possibilidade de questionamento e discussão, de forma crítica, a respeito das questões levantadas na demanda.

Na verdade, a proposta que se busca implementar é aumentar as atribuições conferidas ao juiz, que possui sabedoria e sensibilidade suficientes para imprimir maior celeridade à atividade jurisdicional, fazendo justiça nos casos postos sob sua apreciação.

¹⁴⁵Cf. OLIVEIRA. *O réu na tutela antecipatória*, p. 22.

¹⁴⁶Cf. ALMEIDA. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 83.

Desse modo, a visão em análise desconsidera as garantias processuais constitucionalmente previstas, em fortalecimento de um autoritarismo que transfere a produção do ato decisório do seu verdadeiro titular, que é o povo (democracia), para um órgão julgador solipsista e soberano,¹⁴⁷ enrijecendo o sistema jurídico, ante sua subtração à crítica pelos participantes do processo.¹⁴⁸

Fincam-se na “mal-dicção” (maldição), de limitar o tempo do processo, destinado à abertura da testificação e do discurso, ao tempo do procedimento,¹⁴⁹ sem perceber que a duração temporal refere-se apenas a esta seqüência de atos concatenados, eis que o processo

(...) como instituição constitucionalizante e constitucionalizada e fundadora do *status* democrático e não-paidéico, não se desenvolve por relações métrico-temporais e espaciais (duração fatal), uma vez que, em sendo paradigma liquístico-discursivo por princípios autocráticos (*teoria neo-institucionalista*), é interpretante que atua ao longo da validade e legitimidade do sistema jurídico sempre aberto a um *devir di-alógico* (crítico) procedimental construtivo, reconstrutivo, desconstrutivo, afirmativo ou extintivo dos conteúdos de legalidade que possam ameaçá-lo ou lesá-lo (contrapor-se ao **processo**). (...) ¹⁵⁰

Justamente em decorrência dessas circunstâncias, é possível constatar que os posicionamentos expostos anteriormente representam entendimentos enfeixados sob as visões ultrapassadas do processo como relação jurídica e como instrumento da jurisdição, que supervalorizam o princípio da celeridade, considerado imprescindível para a garantia de um processo verdadeiramente efetivo.

Diz-se ultrapassada porque se fundamenta nos contornos dos Estados Liberal e Social, com base nos quais o órgão jurisdicional deve preocupar-se mais com a eficácia da sentença, do que com as normas previstas no ordenamento jurídico, buscando em primeiro lugar a justiça na situação posta sob sua análise.¹⁵¹

¹⁴⁷ Cf. ASSIS. *A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo*, p. 186.

¹⁴⁸ Cf. ALMEIDA. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 91.

¹⁴⁹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 109.

¹⁵⁰ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 109-110.

¹⁵¹ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA. *Direito Constitucional*, p. 61

Não consideram, pois, que, na pós-modernidade, prevalece, segundo o próprio texto constitucional (art. 1º), o Estado Democrático de Direito, decorrente da reunião dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático,¹⁵² único princípio que possibilita a efetiva participação popular pelo processo, necessária à testificação de todos os atos emanados por meio da atividade estatal, seja ela jurisdicional, legislativa ou administrativa.

Desconhecem que é somente no Estado Democrático de Direito que prevalece a democracia, configurada em “(...) uma procedimentalidade teoricamente processualizada a caracterizar a preservação discursiva do equilíbrio político pelo *nexum* institucionalista da decisão não autoritária.”¹⁵³

É precisamente por ignorarem as premissas do Estado Democrático de Direito é que a visão do processo como relação jurídica e como instrumento da jurisdição confere proeminência à efetividade do processo, sempre interligada à celeridade no pronunciamento jurisdicional, em detrimento do devido processo e, conseqüentemente, do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, pregando, ao revés, a sumarização da cognição, o aumento dos poderes dos exercentes da função jurisdicional e a concessão indiscriminada de medidas *inaudita altera parte*.

Entretanto, as conclusões dessas teorias não poderiam ser diferentes, uma vez que vislumbram o processo, e as garantias constitucionais a ele inerentes, como a origem principal da morosidade no exercício da atividade jurisdicional,¹⁵⁴ embasando-se em uma idéia errônea de que o ato decisório somente se avultaria legítimo e útil se proferido dentro de um curto lapso de tempo.¹⁵⁵

Ocorre que a proteção do acesso à jurisdição, do direito dos sujeitos processuais ao pronunciamento jurisdicional, não se opõe ao contraditório,

¹⁵² Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*.

¹⁵³ LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, pp. 164-165

¹⁵⁴ Cf. FONSECA. *Isonomia e contraditório na Teoria do Processo*, p. 22

¹⁵⁵ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 125.

muito menos à isonomia e à ampla defesa. Na verdade, é justamente sua desconsideração que conduz à falta de efetividade do processo, de modo que se faz imprescindível sua observância nos planos constituinte e constituído do direito.¹⁵⁶

É que são essas garantias que asseguram às partes o debate acerca das questões tratadas no âmbito discursivo-procedimental, possibilitando a construção do ato decisório, sob bases democráticas e racionais.

Somente nesses termos é que as partes ver-se-ão como criadoras não apenas das normas jurídicas propriamente ditas, mas também da sua aplicação,¹⁵⁷ circunstância esta que confere legitimidade ao sistema jurídico pela processualidade, delineando-se o verdadeiro processo efetivo.

Na esteira dessas idéias, os mesmos indivíduos aos quais se destina o sistema jurídico normatizado é que o realiza, dentro de um espaço processualizado, regido pelas garantias processuais constitucionais,¹⁵⁸ de sorte que a concretização dos direitos fundamentais verifica-se pelos sujeitos do processo e não mais pela autoridade do Estado, por meio do órgão judiciário.¹⁵⁹

Para possibilitar essa circunstância, assegura-se ao autor e ao réu a possibilidade de efetivamente influenciarem na elaboração do ato decisório, por meio da discursividade travada entre eles ao longo do procedimento, o que afasta a necessidade de um juiz com poderes hercúleos como único meio para se alcançar a legitimidade e a correição do pronunciamento jurisdicional,¹⁶⁰ tal qual propugnam as teorias da relação jurídica e instrumentalista.

¹⁵⁶ Cf. ALMEIDA. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 85.

¹⁵⁷ Cf. HABERMAS. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 172. Cf. ALMEIDA. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 102. Lembre-se que a possibilidade de as partes verem-se como autores do ordenamento jurídico e de sua aplicação implica necessariamente na garantia de fiscalizarem o sistema jurídico, pelo processo.

¹⁵⁸ Cf. ALMEIDA. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 105-106.

¹⁵⁹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 87.

¹⁶⁰ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA. *Direito Constitucional*, p. 93.

É claro que o pensamento pós-moderno não deixa de olvidar que a participação das partes, assegurando-se o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, demanda certo lapso temporal para a sua concretização, o que se avulta imprescindível à própria depuração da matéria debatida na esfera processual.¹⁶¹

Verifica-se ser decorrência do próprio princípio do devido processo constitucional a existência de um tempo de duração para a tramitação do procedimento,¹⁶² permitindo ao autor e ao réu estabelecerem um vasto e profundo discurso, dentro de um cômodo período de tempo, em condições iguais de apresentarem e demonstrarem suas alegações.¹⁶³

O tempo é, pois, importante para a construção do processo democrático e, por via de consequência, de uma decisão legítima, o que demonstra a ausência de fundamento jurídico-racional apto a embasar as afirmações, desprovidas de qualquer reflexão, feitas pelos adeptos das teorias da relação jurídica e instrumentalista de que o tempo é inimigo do processo.

Nesse sentido, é possível concluir que não é o fator temporal que necessariamente conduz à demora no exercício da função jurisdicional, e à inutilidade do pronunciamento do órgão julgador, constituindo-se em uma verdadeira causa de destruição de direitos.¹⁶⁴

O real problema atinente à morosidade desmedida, que assola a jurisdição, encontra-se na omissão do próprio ente estatal em garantir que se alcance a decisão final do processo dentro de um prazo razoável, conforme previsão expressa do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e do art. 8º, alínea 1, do Pacto de São José da Costa Rica.¹⁶⁵

¹⁶¹ Cf. VIEIRA. *A ordinaryidade reformada*.

¹⁶² Cf. BRÉTAS C. DIAS. *As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional*, p. 219.

¹⁶³ Cf. HORTA TAVARES, et. al. *Urgências de tutela*: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito, p. 147-152.

¹⁶⁴ Cf. DINAMARCO. *Nova era do processo civil*, p. 55.

¹⁶⁵ O princípio duração razoável do procedimento tem encontrado guarida nos ordenamentos jurídicos de vários países do mundo (Cf. CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*, p. 66), talvez pela sua importância para a concretização da garantia do devido processo constitucional, que, para ser verdadeiramente assegurada, depende, também, da prolação do ato decisório em prazo razoável (Cf. BRÉTAS C. DIAS. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 655). No Brasil, aquele princípio já se encontra no ordenamento jurídico nacional desde a incorporação do Pacto de São José da Costa

Ressalte-se que, para tornar efetiva a garantia da razoável duração do procedimento, prevista na legislação supra transcrita, bastaria que os prazos legalmente determinados fossem verdadeiramente cumpridos, sem atrasos injustificados, em respeito ao princípio da legalidade.¹⁶⁶

Nesses termos, não haveria necessidade em se impor uma incessante alteração das normas processuais, no intuito de levar maior rapidez à jurisdição, haja vista que já se encontra estruturado no país um sistema processual suficiente para se alcançar um pronunciamento jurisdicional participativo, dentro de um prazo razoável. Na verdade, o que é necessário para o adequado cumprimento de suas exatas determinações, em especial no que se refere ao tempo exigido para o exercício das atividades destinadas à construção do ato decisório, é fazer valer a normatividade jurídica já positivada de acordo com a própria soberania popular, proporcionando a adequação destas normas, sempre que preciso, às diretrizes do Estado Democrático de Direito, dispostas no texto constitucional.

Com base nessa idéia, seria suficiente, para se alcançar a eficácia da garantia em análise, que os atos processuais fossem realizados em observância às limitações temporais de início e fim definidas pela legislação, seguindo-se a estrutura procedimental prevista no ordenamento jurídico de forma adequada e regular, consoante ao princípio do devido processo constitucional.¹⁶⁷

Nesse caso, evitar-se-ia a ocorrência das chamadas “**etapas mortas do processo**”, que são conseqüência de duas situações, facilmente constatadas na realidade forense: a existência de longos lapsos temporais sem quaisquer manifestações dos sujeitos processuais, paralisando o trâmite do procedimento, e

Rica, que passou pela aprovação do Congresso Nacional, sendo promulgada em 1992, pelo Decreto de n. 678 (Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 115). Apesar disto, foi com a Emenda Constitucional 45/2004 que a duração razoável do procedimento foi expressamente disposta como garantia na Constituição Federal em vigor, com a inclusão, por essa emenda, do inciso LXXVIII no art. 5º do texto constitucional (Cf. HORTA TAVARES. *Tempo e processo*, p. 113-114).

¹⁶⁶ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional*, p. 219-220.

¹⁶⁷ Cf. HORTA TAVARES, et. al. *Urgências de tutela*: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito, p. 114.

a concretização dos atos processuais em período superior àquele consignado em lei para seu cumprimento.¹⁶⁸

No entanto, para implementar essas medidas, conferindo maior rapidez no trâmite procedimental, seria necessário, ainda, extirpar outro problema encontrado no sistema judiciário brasileiro, que é a ausência de julgadores suficientes para o exercício eficiente da função a eles atribuída, a deficiência de funcionários qualificados para auxiliá-los na realização da atividade jurisdicional e a falta de organização material e tecnológica dos órgãos judiciários, o que obsta, igualmente, a duração razoável do procedimento. Contudo, a busca pela concretização desta garantia não torna possível a imposição de rapidez no trâmite procedimental às custas da desconsideração dos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa,¹⁶⁹ como propõem as teorias da relação jurídica e instrumentalista, até porque, sem a garantia destes princípios, não há que se falar nem mesmo na existência de processo, como instituição constitucionalizada que é.

Ao contrário, a garantia da razoável duração do procedimento deve ser buscada com base na observância do princípio da legalidade, dentro do espaço procedimental destinado ao debate entre as partes,¹⁷⁰ com vista a possibilitar a adequação daquela garantia, e da busca pela celeridade do trâmite procedimental, ao Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, seria possível alcançar-se um pronunciamento jurisdicional ao mesmo tempo rápido e legítimo, eis que em consonância com o devido processo constitucional, sem se olvidar dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, verdadeiras conquistas históricas da sociedade.¹⁷¹

¹⁶⁸ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional*, p. 220.

¹⁶⁹ Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 656-658.

¹⁷⁰ Cf. CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*, p.218-220.

¹⁷¹ Cf. ASSIS. *A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo*, p. 185.

CAPÍTULO III – TUTELA ANTECIPADA *INAUDITA ALTERA PARTE* NO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE

3.1. Concessão da tutela antecipada de acordo com o Código de Processo Civil

Como decorrência da grande preocupação dos processualistas acerca da celeridade no trâmite procedimental, o Código de Processo Civil, em seu texto original, de 1973, foi submetido a várias e profundas reformas, visando adequá-lo às exigências de um pronunciamento jurisdicional prolatado em curto espaço de tempo, com a rápida concretização do ordenamento jurídico, impostas pela comunidade forense.

Uma das principais alterações legislativas foi a introdução no sistema processual brasileiro (art. 273, do Código de Processo Civil) da técnica da antecipação de tutela, criada pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, justamente no intuito de evitar os prejuízos causados às partes pela morosidade no exercício da atividade jurisdicional¹⁷², eis que deferida, em regra, antes mesmo da decisão final do processo.¹⁷³

Para os adeptos das teorias da relação jurídica e instrumentalista, essa previsão legislativa serviu mesmo para estabelecer, no âmbito processual, a igualdade entre autor e réu, já que, ao deferir, de pronto, ao autor, o direito que só seria concedido pela sentença, confere-se a quem a princípio tem razão a tutela jurisdicional pretendida, evitando-se que a parte demandante sofra prejuízos decorrentes do atraso no pronunciamento jurisdicional¹⁷⁴,

¹⁷² Ressalte-se que este dispositivo sofreu posteriormente novas alterações trazidas pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.

¹⁷³ A necessidade de se alcançar um procedimento mais célere tem influenciado alguns países a instituírem em suas legislações técnicas processuais, voltadas para esta finalidade. Neste sentido, pode-se citar o *provvedimento di urgenza* da Itália, previsto no art. 700, CPC. (Cf. TARZIA. *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*, p. 127).

¹⁷⁴ Cf. ROCHA. *A luta pela efetividade da jurisdição*, p. 115.

redistribuindo o ônus do tempo¹⁷⁵, idéias estas não aceitas na pós-modernidade, como se verá adiante.

De qualquer forma, é preciso salientar que essa **inovação** legislativa apenas serviu para melhor regular uma situação que já vinha ocorrendo na realidade forense, que era a utilização da medida cautelar, que originalmente possui caráter meramente assecuratório da satisfação de um futuro pronunciamento jurisdicional, como tutela satisfativa.¹⁷⁶

Por ser a tutela cautelar uma medida de urgência (ou urgências de tutela¹⁷⁷), voltada para pôr fim ou pelo menos amenizar os efeitos da lentidão na atividade jurisdicional, ela acabava sendo utilizada com vista a satisfazer antecipadamente o direito alegado no processo, fugindo, contudo, do verdadeiro objetivo para o qual fora instituída.¹⁷⁸

Nesse sentido, as alterações perpassadas pelo art. 273, do Código de Processo Civil, foram importantes para estruturar, de maneira adequada, a antecipação de tutela, inclusive com o alargamento das possibilidades de sua concessão¹⁷⁹, deixando a cargo da medida cautelar a sua verdadeira função de assegurar a utilidade da sentença proferida no processo principal.

Desse modo, a tutela antecipada foi expressamente consagrada no ordenamento jurídico pátrio como tutela de urgência autônoma, com regência normativa própria e particularidades diversas de qualquer outro instituto disciplinado pelo Código de Processo Civil Brasileiro.¹⁸⁰

No entanto, é preciso ressaltar que a principal função dessa técnica processual não é o simples adiantamento de um pronunciamento final futuro,

¹⁷⁵ Cf. CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, p. 05.

¹⁷⁶ Cf. MARINONI. *Antecipação da tutela*, p. 126-127.

¹⁷⁷ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 143.

¹⁷⁸ A tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies do gênero tutelas de urgência (ou urgências de tutela), aproximando-se em várias de suas características (Cf. SCARPINELLA BUENO. *Tutela antecipada*, p. 22). Inclusive é preciso ressaltar que como decorrência da proximidade entre os dois institutos, e para evitar que o uso da técnica inadequada tornasse inútil o pronunciamento jurisdicional, uma das alterações trazidas pela Lei 10.444/2002 ao art. 273, do Código de Processo Civil, foi a inclusão do §7º, que prevê a fungibilidade entre as tutelas supra referidas.

¹⁷⁹ Cf. BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 301.

¹⁸⁰ Cf. ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, p. 46.

como pretende a doutrina tradicional, até porque não há que se falar na antecipação da produção de efeitos de um ato que nem sequer existe (a sentença), e que, para sua elaboração, exige a instauração de um verdadeiro discurso entre as partes, embasado no contraditório, na isonomia e na ampla defesa.¹⁸¹

No Estado Democrático de Direito, o que se busca com a medida antecipatória é a concretização antecipada do conteúdo da norma por meio de uma decisão interlocutória¹⁸², sendo certo que os efeitos da norma, estes sim, já existem, eis que fora ela criada e encontra-se em vigor antes mesmo de qualquer pronunciamento jurisdicional.¹⁸³

É que, de acordo com a teoria neo-institucionalista e com o que estabelece o próprio art. 273, do Código de Processo Civil¹⁸⁴, a tutela que se pretende fazer valer por meio a medida de urgência em análise quer denotar a tutela da lei, no sentido de se concretizar o conteúdo da norma legalmente estabelecida, instituidora do direito pleiteado pela via processual. A sua concessão se verifica em função da atuação da lei e não em razão de simples ato do juiz, determinado com base em seu suposto dever de proporcionar às partes uma justiça rápida. Com este pensamento, afasta-se a idéia de que a tutela antecipada seja uma técnica de proteção prestada pelo órgão julgador, por meio de sua atividade solitariamente desempenhada ao longo do procedimento. Ao contrário, sua concessão deve ser buscada e efetivada com base no princípio da

¹⁸¹ Cf. MARINHO. *Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios)*, p. 88. Contrariamente a este entendimento José Roberto dos Santos Bedaque afirma que na tutela antecipada a decisão final, mesmo inexistente, gera sua eficácia como se já houvesse sido construída (Cf. BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 303). Ora, é no mínimo inimaginável que um ato que não exista possa surtir seus efeitos na realidade fática.

¹⁸² Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 153.

¹⁸³ Cf. MARINHO. *Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios)*, p. 88.

¹⁸⁴ Em nenhum momento o art. 273, do Código de Processo Civil fala em antecipar os efeitos da sentença final de mérito. Ao contrário, os termos utilizados pelo legislador neste dispositivo denotam que se trata, verdadeiramente, da tutela da lei, como afirma a teoria neo-institucionalista. (Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 153)

reserva legal, com a observância plena dos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.¹⁸⁵

De qualquer forma, é preciso ressaltar que a tutela antecipada, justamente por realizar o conteúdo da norma já existente, traz para a ordinariiedade do procedimento de conhecimento características específicas da execução¹⁸⁶, com vista a evitar que se concretizem os riscos decorrentes da demora do procedimento.

A partir da introdução dessa técnica no ordenamento jurídico brasileiro, já não há mais como dizer que a execução apenas pode ser efetivada posteriormente à prolação do ato decisório final, resultante de um procedimento destinado a acertar um direito posto à apreciação do órgão jurisdicional.

Ao contrário, com a tutela antecipada, ao lado da sentença, consagrou-se no sistema processual também a hipótese denominada por José Marcos Rodrigues Vieira de “execução para a cognição”.¹⁸⁷

Nesse sentido, no caso daquela medida de urgência, os atos executivos, que, em regra, somente seriam realizados após o devido acertamento dos direitos afirmados pelo autor e pelo réu¹⁸⁸, são previamente cumpridos, antes mesmo da prolação da sentença.

Aliás, a regra estabelecida no art. 273, do Código de Processo Civil buscou desconstruir a idéia já dogmatizada de que necessariamente deveria haver uma exata disposição segmentada e seqüencial existente entre a cognição e os atos executivos.¹⁸⁹

Ressalte-se que essa inversão de etapas é decorrente da característica jurissatisfativa da medida em análise¹⁹⁰, que determina a antecipação da tutela da

¹⁸⁵ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 154-156.

¹⁸⁶ Cf. ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, p. 73. Nesse sentido, ver também Cf. VIEIRA. *A nova ordinariiedade: execução para a cognição*, p. 115.

¹⁸⁷ VIEIRA. *A nova ordinariiedade: execução para a cognição*, p. 115.

¹⁸⁸ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 140.

¹⁸⁹ Cf. VIEIRA. *A ordinariiedade reformada*, p. 100. Para este autor, no caso da tutela antecipada o que se verifica é a ocorrência de uma execução provisória realizada com vista a evitar o perigo da demora no trâmite procedimental.

¹⁹⁰ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 302.

lei anteriormente à conclusão do procedimento cognitivo, somente alcançável com o pronunciamento jurisdicional final.

Justamente em decorrência desse adiantamento da aplicação da norma é que se configura outra particularidade da tutela antecipada: a sua provisoriedade.¹⁹¹ É que as disposições normativas são aplicadas antecipadamente até que seja construída a sentença pelas partes, com a observância efetiva de toda a principiologia do processo, encabeçada pela garantia do devido processo constitucional.

Enquanto não se alcança essa decisão, provisoriamente o ordenamento jurídico em vigor já vai sendo aplicado na situação posta sob apreciação do órgão julgador.

Ressalte-se, ainda, que sua sistemática permite que a concessão dessa medida de urgência verifique-se a qualquer tempo, enquanto perdurar o trâmite procedimental, sendo possível seu deferimento inclusive liminarmente, e antes mesmo da citação do réu (*inaudita altera parte*), havendo, no entanto, restrições quanto a esta última hipótese.

Apesar dessas possibilidades, é óbvio que esse adiantamento da tutela da lei deve ser expressamente requerido pela parte, como se extrai do disposto no art. 273, do Código de Processo Civil, não havendo que se falar na concessão da tutela antecipada de ofício¹⁹².

E nem poderia ser diferente, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, o exercício da função jurisdicional deve verificar-se com base no requisito da inércia, que determina a necessária provocação da parte para que haja a atuação do órgão julgador. Neste sentido, proíbe-se ao juiz a possibilidade de agir a seu talante, de acordo com os pressupostos da oportunidade e da conveniência, como se a jurisdição estivesse inserida na atividade administrativa do Estado, cabendo ao órgão julgador exercer o seu papel no processo em

¹⁹¹ Cf. CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, p. 19.

¹⁹² Cf. LOPES. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 67. OLIVEIRA. *O réu na tutela antecipatória*, p. 51.

consonância com a busca do interesse público, expressa na idéia da pacificação social¹⁹³.

Ao contrário, sua atuação deve vincular-se ao disposto no ordenamento jurídico em vigor, sempre levando em consideração os argumentos e provas trazidos pelas partes, o que não é diferente no caso da tutela antecipada.

Além disso, é preciso acrescentar, ainda, que a concessão da tutela antecipada não pode verificar-se sem a necessária exposição de motivos com base nos quais o órgão julgador proferiu a decisão concessiva da medida, imposição esta que igualmente decorre do art. 273, do Código de Processo Civil, mais especificamente de seu parágrafo 1º, como condição para a legitimidade do ato decisório. A mesma exigência é feita no caso de ser a medida posteriormente revogada ou modificada, de acordo com o parágrafo 5º daquele mesmo dispositivo.

Em consonância com essas regras, determina-se que o órgão julgador apresente a motivação que conduziu ao ato decisório, sempre embasado nas provas produzidas no espaço procedimentalizado, e não com base em presunções ou aparências do direito alegado, eis que não condizentes com a sistemática processual da pós-modernidade.¹⁹⁴

A garantia de fundamentação das decisões, componente do devido processo constitucional, avulta-se importante na análise pelas partes acerca da racionalidade aplicada no exercício da jurisdição.¹⁹⁵

Nesse sentido, os motivos apresentados pelo órgão julgador são, pois, de suma relevância para a fiscalização sobre a atividade exercida pelo juiz, especialmente para verificar a verdadeira existência, na hipótese concreta, dos pressupostos necessários para a antecipação de tutela, conforme sua previsão no art. 273, do Código de Processo Civil, os quais serão analisados neste momento.

¹⁹³ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 30.

¹⁹⁴ Cf. VIEIRA. *A ordinaryidade reformada*, p. 107.

¹⁹⁵ Cf. TARUFFO. *Sui confini*: Scritti sulla giustizia civile, p. 214.

3.2. Requisitos legais estabelecidos no art. 273, do Código de Processo Civil

A tutela antecipada, para ser concedida, deve preencher os requisitos estabelecidos no art. 273, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o dispositivo em comento exige para a concessão da medida a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e a) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou b) que se verifique na hipótese dos autos abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

No caso da verossimilhança das alegações da parte que pleiteia a tutela antecipada, esta se encontra necessariamente vinculada à presença de prova inequívoca, de sorte que só se pode falar em verossimilhança quando as alegações são constituídas pelo elemento, meio e instrumento de prova.¹⁹⁶

Na esteira desse pensamento, primeiramente impende destacar que a inequivocidade da prova não quer dizer que deva ser ela imune a demonstrações em contrário, pois que a mera possibilidade que o réu possui de produzir alegações opostas àquelas feitas pelo autor e de comprová-las ao longo do procedimento levam à conclusão de que, a rigor, não seria possível falar-se em prova inequívoca.¹⁹⁷

A prova, pois, não há de ser considerada incontestável,¹⁹⁸ para que haja a concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 273, do Código de Processo Civil, até porque, no Estado Democrático de Direito, todos os elementos, meios e instrumentos probatórios submetem-se, necessariamente, ao questionamento e fiscalização pelas partes, ou seja, ao crivo do contraditório.

¹⁹⁶ Entende-se por a) elemento de prova como o fato, ato, coisa ou pessoa a partir dos quais há a demonstração dos argumentos da parte; b) meios de prova como as alegações permitidas pelo ordenamento jurídico; e c) instrumento de prova constitui-se no documento formal elaborado a partir dos meios de prova. Elas constituem as bases morfológicas da prova (Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 157).

¹⁹⁷ Cf. OLIVEIRA. *O réu na tutela antecipatória*, p. 53.

¹⁹⁸ Cf. CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, p. 23.

Ao contrário, dita inequívocidade, bem como a verossimilhança das alegações, devem decorrer da instituição constitucionalizada do processo, sendo ambas balizadas pelo devido processo constitucional, atrelando-se ao disposto no ordenamento jurídico em vigor (princípio da reserva legal). Para tanto, é preciso que a prova inequívoca das alegações da parte assim se caracterize pela existência certa dos fundamentos morfológicos da prova, com o que se afasta, desde já, a idéia de que prova inequívoca seja aquela que simplesmente obsta a condução do juiz a um convencimento errôneo no que tange à realidade fora do processo.¹⁹⁹

A prova inequívoca não significa a sua completa capacidade para exprimir no **espírito** do julgador a verossimilhança das alegações²⁰⁰, conferindo-lhe maior segurança acerca da existência ou não de um determinado acontecimento,²⁰¹ por meio de uma prova robusta acerca dos argumentos levantados pela parte²⁰², como pretende fazer crer a teoria da relação jurídica e instrumentalista.

De acordo com essas teorias, mais do que a verossimilhança dos fatos aduzidos em juízo, seria preciso sua confirmação pelos meios probatórios permitidos pela legislação, capazes de demonstrar o alto nível de probabilidade das alegações feitas pela parte que pretende ver-se beneficiada pela medida de urgência.²⁰³

Contudo, atualmente, a verossimilhança é alicerçada pela univocidade dos fundamentos da prova²⁰⁴, e não somente quando os argumentos aparentam ser verdadeiros²⁰⁵ ou quando há uma aparente correlação entre a situação fática e o vínculo de direito material afirmado.

¹⁹⁹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 152-157.

²⁰⁰ Cf. CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, p. 24.

²⁰¹ Cf. SCARPINELLA BUENO. *Tutela antecipada*, p. 33.

²⁰² Cf. ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, p. 80.

²⁰³ Cf. BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 341.

²⁰⁴ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 157.

²⁰⁵ Cf. SCARPINELLA BUENO. *Tutela antecipada*, p. 34.

A verossimilhança não deve ser entendida, tal qual preceitua a doutrina tradicional, como uma forte convicção do julgador de que realmente o autor fará jus à proteção jurisdicional, a ser concedida definitivamente ao final do procedimento. Não pode ser considerada como a renúncia do improvável, em benefício da probabilidade²⁰⁶. Muito menos deve aceitar-se a afirmação de que se trata de conceito com conteúdo volátil, dependente da interpretação levada a cabo casuisticamente pelo juiz no tocante às alegações as quais se afirma serem verossímeis, como se a nova sistemática trazida pelo art. 273, do Código de Processo Civil, houvesse conferido ao órgão julgador uma penosa atividade exegetica.²⁰⁷

Tal se justifica pela circunstância de que

A **verossimilhança** não é, em Direito Processual, o que se apresenta semelhante à verdade, mas o que se pode *ver* (inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa – verossimilitude) das alegações condutoras dos **conteúdos de materialidade da prova** instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento. (...).²⁰⁸

É preciso ressaltar que a verossimilhança das alegações só existe quando os argumentos da parte encontram-se embasados em instrumentos de prova já existentes antes mesmo do início dos atos procedimentais.

Nesse sentido, as alegações, para serem verossímeis, pressupõem que haja antes um necessário alicerce empírico, devidamente levado aos autos, o que não ocorre quando há uma inversão desta ordem, constatada na hipótese de ser o argumento apresentado anteriormente à construção do instrumento de prova, sendo sua demonstração realizada ao longo do trâmite do procedimento e não prévia ou concomitantemente com a alegação feita.

Portanto, verossimilhança, em **processo**, há de ser conteúdo instantâneo da alegação (**meio** lógico-jurídico) pelo nexo material do **elemento** e do **instrumento** de prova **já existentes** nos autos e **perpassados** pelo contraditório (art. 301, CPC), não sendo a **verossimilhança** mera cogitação de possibilidade ou probabilidade pela qual o julgador compatibilizasse alegações de fatos e a lei, porque, como se discorreu, a sua caracterização é induzida da **base empírica** pré-cognita, ou seja,

²⁰⁶ Cf. MARINONI. *Antecipação da tutela*, p. 213.

²⁰⁷ Cf. CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, p. 28. Cf. LOPES. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 68.

²⁰⁸ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 158.

pela já existência, nos autos (suporte físico) do procedimento, do **instrumento pré-constituído** da prova. (...)²⁰⁹

Porém, não é bastante a existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte para que haja a concessão da tutela antecipada. Além da presença destes requisitos, faz-se mister, ainda, como já salientado, que esteja presente um dos dois requisitos inseridos nos incisos I e II do art. 273, do Código de Processo Civil.

No inciso I, estabelece-se ser necessária, para o deferimento da medida, a configuração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). Neste caso, a doutrina tradicional fala em “antecipação assecuratória”, uma vez que se trata de tutela antecipada que busca assegurar que não haja a destruição do direito posto sob apreciação do órgão jurisdicional, por força do grande lapso temporal que em regra existe entre a propositura da ação e o pronunciamento final²¹⁰.

De qualquer forma, é preciso salientar que o requisito previsto no inciso I, do art. 273, do Código de Processo Civil, determina que a verossimilhança da afirmação da parte acerca da existência de risco de dano precisa advir de uma circunstância comprovada de forma objetiva no espaço procedimentalizado, não havendo que se falar em configuração deste pressuposto com base apenas e tão-somente na percepção e sensibilidade do julgador, quando da análise do caso concreto posto à sua apreciação. Neste sentido, o fundado receio quer dizer que o risco a que a parte está submetida deve ser demonstrado, não podendo embasar-se em sua simples afirmação de temor quanto à concretização desta circunstância.²¹¹

A exigência de “dano irreparável” ou de “difícil reparação”, por seu turno, refere-se a expressões sem conteúdo determinado²¹², o que torna possível o uso, pelo órgão julgador, de arbitrariedades na concessão da tutela antecipada

²⁰⁹ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 158-159.

²¹⁰ Cf. ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, p. 77.

²¹¹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 162.

²¹² Cf. LOPES. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 72.

embasada neste requisito, valendo-se da equidade e da sua vivência para tanto, circunstância esta que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, para evitar essa análise distorcida da medida de urgência, é preciso que o art. 273, do Código de Processo Civil seja interpretado de modo a evitar subjetivismos do juiz. Desta feita, de acordo com este dispositivo, a impossibilidade de reparação mencionada por esta regra refere-se ao dano a que estão ameaçados bens dificilmente substituíveis, que, se atingidos, acarretarão necessariamente a impossibilidade de satisfação do direito da parte lesada. Na verdade, é preciso salientar que a irreparabilidade do dano não existe, a rigor, no sistema jurídico brasileiro, ante a previsão no Código Civil da possibilidade de serem indenizados quaisquer prejuízos causados ao direito de outrem pela via do ressarcimento (art. 186),²¹³ mesmo que não se verifique a completa e verdadeira compensação do dano. Em decorrência desta circunstância, a questão do dano irreparável, como disposto no art. 273, do Código de Processo Civil, deve ser considerada como se houvesse a impossibilidade de substituição do bem lesado, como acima referido, porque, repita-se, todo dano é passível de indenização, de acordo com a legislação em vigor no país²¹⁴.

Por outro lado, voltando-se a análise para a regra definida no inciso II, do art. 273, do Código de Processo Civil, é possível notar que a tutela antecipada pode ser concedida, ainda, no caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Trata-se, segundo a doutrina tradicional, da chamada “antecipação punitiva”, que recebe esta denominação em virtude de sua aproximação com as penalidades disciplinadas pelo Código de Processo Civil (como nos arts. 16 e

²¹³ Cumpre salientar que a Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X) e o Código Civil (arts. 186 e 927) determinam que a reparação do dano, advindo da prática de ato ilícito pelo ofensor, deve ser feita da forma mais ampla possível, englobando todos os prejuízos sofridos pela vítima, sejam eles de cunho material ou moral. Neste sentido, deve haver a indenização integral dos danos causados pelo agente, de sorte a que seja restabelecido o *status quo ante* da vítima. Apesar desta circunstância, é preciso ressaltar que a imposição do dever de indenizar e o montante fixado a título de indenização não podem configurar o enriquecimento ilícito do indivíduo lesado. (Cf. GONÇALVES. *Responsabilidade Civil*, p. 588-592).

²¹⁴ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 163-166.

17), a serem manejadas quando uma das partes traz empecilho à rapidez do procedimento, ou à seriedade da jurisdição. No inciso em análise, mais uma vez se percebe que o legislador vale-se de expressões de conteúdo indeterminado, permitindo, como ressalta Teori Albino Zavascki, que, em cada hipótese concreta, possam ser estas expressões completadas de forma valorativa, levando-se em consideração o objetivo da regra (*mens legis*), que, para o doutrinador, volta-se contra a conduta do réu que realmente obste o rápido trâmite do procedimento. Ressalte-se que, para diferenciar as duas condutas descritas no inciso, Zavascki esclarece que o abuso do direito de defesa refere-se às atitudes do réu que, buscando atrasar o exercício da função jurisdicional, são levadas a cabo no processo. No caso do manifesto propósito protelatório, a conduta do réu, com esta mesma finalidade, seria realizada extra-autos, mas necessariamente com alguma influência sobre o andamento procedimental.²¹⁵

Contudo, os seguidores desse entendimento entendem que em ambos os casos, além da verossimilhança das alegações do autor, seu direito é reforçado pela falta de fundamentos plausíveis trazidos pelo réu no momento de sua resposta, circunstância que, na verdade, denota apenas sua finalidade de impedir a célere solução do litígio, beneficiando-se, por um lado, com a preservação do bem objeto do litígio em seu poder, e, por outro, penalizando o autor que tem razão.²¹⁶

No entanto, essa análise, levada a cabo pelos adeptos da teoria da relação jurídica e instrumentalista, apresenta uma idéia simplista acerca do inciso II, que merece um exame mais detido, por envolver uma das principais garantias das partes que é a ampla defesa.

Na verdade, a primeira questão que se deve colocar é a grande abertura à discricionariedade e arbitrariedade do juiz, que é possibilitada por esse

²¹⁵ Cf. ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, p. 77-81.

²¹⁶ Cf. BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)* p.331. LOPES. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 76. CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, p. 35.

dispositivo, eis que permite ao órgão julgador a prerrogativa de delimitar, por si só, a (má) intenção dos atos de defesa realizados pelo réu. Deste modo, permite-se ao juiz, por meio de sua sensibilidade inigualável, apontar pela existência ou não de intuito abusivo ou protelatório do réu, pela mera análise dos atos de defesa praticados pela parte, o que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito.

De qualquer forma, é preciso salientar que, em sendo a defesa realizada dentro do prazo legalmente previsto para sua atuação, com base nos meios previstos em lei para tanto, é impossível configurar-se abuso do direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do demandado. Neste sentido, falar-se em abuso do direito de defesa denota visível contradição, uma vez que, se se trata de prerrogativa atribuída às partes, inclusive com previsão expressa no texto constitucional (art. 5º, LV), não é possível que seja ela abusiva. É ela, aliás, princípio institutivo do processo, sem o qual inexistiria esta instituição constitucionalizada, de sorte que a prerrogativa em exame não possui uma abusividade como característica intrínseca, como parece sugerir o dispositivo em comento. Ademais, os problemas relacionados ao uso inadequado do direito de defesa, seja por meio do abuso (utilização ilícita da defesa, com vista à realização de finalidades conforme a lei), seja por meio da fraude (utilização lícita deste direito para a concretização de finalidades destoantes do ordenamento jurídico) não de ser solucionados em procedimentos próprios para este objetivo, com a necessária observância do devido processo constitucional, e não em sede de tutela antecipada, que não se constitui em via procedimental adequada para promover o ressarcimento da parte lesada.²¹⁷

De igual maneira, a hipótese de manifesto propósito protelatório do réu não se resolve pelo uso desta medida de urgência, haja vista que os atos protelatórios, considerados como aqueles que ultrapassam o prazo previsto em lei, estipulado para se agir no procedimento, já são atingidos por outros

²¹⁷ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 167-171

institutos, como a prescrição, a decadência, a preclusão e a perempção. Além disto, se a protelação decorre da falta ou o atraso na comprovação dos argumentos pelo réu, ou da fundamentação insatisfatória no período legalmente previsto para tanto, irá significar conduta inócua do demandado, de sorte a tornar incontroverso o direito aduzido pela parte contrária, não havendo que se falar, do mesmo modo, em concessão de tutela antecipada. Aliás, estas constatações servem para demonstrar que a composição textual do inciso II é precária, decorrente de uma construção legislativa realizada de forma açodada e precipitada, no afã de se incluir no ordenamento jurídico normas que confirmam celeridade ao exercício da atividade jurisdicional, sem qualquer preocupação com os contornos da ciência jurídica pós-moderna²¹⁸.

Essa é, inclusive, uma circunstância que tem sido comum nas últimas décadas, em que se verifica uma constante reforma das normas processuais, com o único intuito de determinar rapidez no trâmite procedimental, transformando o sistema processual brasileiro em uma colcha de retalhos desconexa e desvinculada do princípio do Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que foi com base nessa mesma idéia reformista, por meio da Lei 10.444/2002, que se incluiu, no art. 273, do Código de Processo Civil, o parágrafo 6º, que traz uma outra hipótese de antecipação de tutela, que nem mesmo necessita dos requisitos da prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte. Trata-se da denominada “antecipação do pedido incontroverso”²¹⁹.

De acordo com essa norma, haverá a concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, forem considerados como incontroversos, circunstância esta que se verifica quando não há conflito das partes em relação a algum ou alguns dos pontos levantados na demanda. As situações mais comuns que caracterizam esta circunstância são aquelas em que o

²¹⁸ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 170-171.

²¹⁹ Cf. ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, p. 79-80.

réu não apresenta impugnação no tocante à integralidade dos requerimentos feitos pelo autor, ou quando há o reconhecimento pelo réu de parte dos pedidos requeridos na demanda.

Contudo, não basta a ausência de controvérsia quanto aos pedidos do autor para que se verifique a concessão da medida de urgência. Além disto, devem eles estar amparados pelo ordenamento jurídico em vigor, em consonância com o princípio da reserva legal, sob pena de ser ilegítima a tutela deferida.

Nessa hipótese legal, prevista no §6º, do art. 273, do Código de Processo Civil, assim como nas hipóteses previstas nos incisos I e II deste dispositivo, é preciso que haja a possibilidade de serem revertidos os efeitos da tutela legal antecipada, sob pena de não ser possível a concessão desta medida (§2º).²²⁰

A reversibilidade que trata o artigo não é do ato decisório concessivo da medida, como se depreende da leitura dessa norma, mas sim de sua eficácia, buscando-se, com isto, evitar que se antecipe a tutela da lei de forma definitiva, em benefício do autor.²²¹

De qualquer forma, é preciso salientar que, seja qual foi a hipótese legal, estando presentes os requisitos exigidos pelo art. 273, do Código de Processo Civil, há que ser concedida a tutela antecipada requerida.

No entanto, é preciso deixar claro que a análise desses requisitos não pode se dar de forma arbitrária e subjetivista pelo juiz, eis que incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Essa análise pressupõe a aplicação do ordenamento jurídico, consoante o princípio da reserva legal, o que, somado à fiscalidade das partes, obsta qualquer atuação discricionária do magistrado.

²²⁰ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 301.

²²¹ Cf. ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, p. 102.

No entanto, não é esse o contexto em que se encontra atualmente o Estado brasileiro, que, ao revés, tem privilegiado, de forma desarrazoada, a concessão *inaudita altera parte* da tutela antecipada, embasada unicamente na percepção solitária do juiz acerca da existência dos requisitos legais impostos para o deferimento desta medida, como se verá adiante.

3.3. Tutela antecipada *inaudita altera parte* no sistema processual vigente

A tutela antecipada, como já salientado, foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro como técnica jurídica voltada para imprimir maior celeridade ao exercício da atividade jurisdicional, por meio da antecipação da tutela da lei.

Na esteira desse pensamento, não se pode olvidar a importância que esse instituto foi ganhando ao longo dos anos, sendo certo que sua utilização determinou mais rapidamente a proteção legal pleiteada pelo jurisdicionado.

No entanto, paralelamente à relevância que a tutela antecipada foi angariando desde a sua inserção no art. 273, do Código de Processo Civil, percebeu-se também um crescimento vertiginoso dos pedidos de concessão desta medida sem a audiência do réu (*inaudita altera parte*), e, o que é pior, de seu correspondente deferimento pelo órgão jurisdicional, sem observância dos parâmetros previstos pela legislação constitucional e infraconstitucional atinentes à espécie.²²²

²²² Nesse sentido, não é incomum o deferimento de tutela antecipada *inaudita altera parte* sem a correspondente fundamentação do ato decisório, em que seria imperioso o apontamento das razões pelas quais entende o órgão julgador estarem presentes os pressupostos elencados no art. 273, do Código de Processo Civil. Para ilustrar esta situação, faz-se referência ao caso concreto abordado em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que anulou decisão interlocutória de primeira instância, ante o fato de que o juiz deferira tutela antecipada *inaudita altera parte*, em ação reivindicatória, com base apenas e tão-somente na circunstância de estar “Diante da inequívoca comprovação e verossimilhança das alegações feitas, bem como da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...)”, deixando de demonstrar os motivos que o levaram a decidir nestes termos (Acórdão proferido no julgamento do agravo de instrumento n. 1.0024.06.091139-3/001, em 17/02/2007, Relator Desembargador Osmando Almeida). No caso em análise, ainda que estivessem realmente presentes os requisitos elencados no art. 273, do Código de Processo Civil, por óbvio, o ato decisório em comento, mesmo assim, iria de encontro à disciplina jurídica da medida de urgência em análise, pois que a própria norma citada, em seu parágrafo 1º, exige que o órgão julgador indique, “de modo claro e preciso”, os fundamentos de sua decisão. Na mesma esteira, é o art. 93, IX, da Constituição Federal que determina a motivação das decisões proferidas pelo órgão jurisdicional.

Na verdade, o dispositivo da lei processual civil não veda a concessão liminar da tutela antecipada nesses termos²²³, de sorte que se entende que, por não haver proibição, é permitido o deferimento da medida *inaudita altera parte*. Neste caso, antes mesmo da citação do réu, antecipa-se a tutela, com base apenas e tão-somente nos argumentos apresentados pelo autor da demanda, postergando-se o exercício do contraditório e da ampla defesa para momento posterior à execução da medida.

Em razão dessa circunstância, que restringe a participação de um dos sujeitos do processo na elaboração da decisão concessiva da medida, o deferimento da tutela antes da audiência do réu deveria ser considerado medida excepcional, somente cabível com vista a fazer valer os direitos fundamentais líquidos e certos, já acertados pelo devido processo constituinte.²²⁴

Contudo, e ao contrário dessa visão democrática do instituto, não é esta a realidade que se verifica no meio forense, uma vez que a antecipação de tutela tem sido utilizada indiscriminadamente pelos jurisdicionados, no intuito de alcançar prontamente seus interesses, independentemente da forma como isto possa ocorrer, circunstância esta que tem sido apoiada e confirmada pelo órgão jurisdicional, que, no mesmo passo, defere toda e qualquer medida liminar destinada a antecipar a tutela da lei.

Como ressalta Rosemiro Pereira Leal,

Tem-se exaltado a presteza das **tutelas de urgência** como se estas fossem atos mágicos que, à guisa de pronto-socorro jurídico pela ambulância do Judiciário, soasse, quando quisesse e a seu modo, a sirene do amparo incondicional a direitos que livremente supusessem ameaçados ou lesados. (...) ²²⁵

Nas palavras de Alcides A. Munhoz da Cunha, nestes mais de dez anos de existência da medida de urgência em análise, sua utilização foi sendo não apenas difundida, mas até mesmo vulgarizada, como se significasse uma receita salvadora para a extinção da morosidade da atividade jurisdicional, por meio da

²²³ Cf. MARINONI. *Antecipação da tutela*, p. 197.

²²⁴ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 25.

²²⁵ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 163.

existência de pronunciamento estatal liminar, embora sem qualquer possibilidade de reversão de seus efeitos.²²⁶

É que sua concessão tem sido feita sem qualquer observância ao disposto no art. 273, do Código de Processo Civil, muito menos às garantias componentes do devido processo constitucional.²²⁷

Tal se justifica pela circunstância de que os requisitos legais exigidos por aquele dispositivo da legislação processual são analisados sem qualquer objetividade pelo órgão julgador, que se vale de sua sabedoria, de sua experiência e de seu senso de justiça para interpretar as locuções indeterminadas

²²⁶ Cf. CUNHA. *Antecipação e antecipações*: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela, p. 233. Sobre essa questão, veja-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, a partir do qual é possível notar que, desde a década de 90, época da inserção da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio, inexistia o devido respeito aos requisitos exigidos pelo art. 273, do Código de Processo Civil, que eram preteridos em favor da efetividade da atividade jurisdicional, somente proporcionada pela rapidez no trâmite do procedimento. Na hipótese em questão, o juízo de primeira instância houvera deferido tutela antecipada, para reintegrar o vendedor de imóvel rural na posse do bem acordado, mesmo havendo discussão acerca da existência e eventual legitimidade (exceção do contrato não cumprido) do descumprimento do contrato de compra e venda pelo comprador. Desta forma, não restou configurada a verossimilhança das alegações do vendedor do imóvel, o que, contudo, não foi levado em conta pelo órgão julgador, que deferiu a medida. No caso em questão havia, ainda, uma outra peculiaridade, que demonstra a desconformidade da concessão da tutela, em relação ao disposto no art. 273, do Código de Processo Civil: a irreversibilidade da medida. É que a compradora, que deveria deixar o imóvel em questão, cultivava plantas sensíveis (ornamentais e flores), que demandavam tratamento cuidadoso, sendo certo que a pronta desocupação do imóvel traria redução na produção em comento, ainda mais quando se considera que a parte não possuía terreno apropriado para proceder à transplantação necessária (Acórdão n. 6136, proferido no julgamento do agravo de instrumento n. 0102021-9, em 24/03/1997, Relator Desembargador Miguel Pessoa). Infelizmente, esta realidade de violação às normas jurídicas ainda persiste nos dias de hoje, principalmente no que se refere à exigência de reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada. É a hipótese do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do qual se extrai que, em primeira instância, fora deferida liminarmente a tutela antecipada, para imitar a autora de demanda reivindicatória na posse de determinado imóvel, para que fosse possível a construção de unidades farmacêuticas. No entanto, referido imóvel estava sendo utilizado pela então agravante, para abastecimento e comercialização de combustíveis, com base em termo de cessão de uso estabelecido com determinada empresa (parte interessada no recurso), termo este que evidenciava que foram feitos investimentos para que fosse possível a prestação dos serviços supra citados. Em decorrência desta situação, por óbvio que a imissão da agravada na posse do imóvel culminaria na irreversibilidade dos efeitos da tutela concedida, eis que todos os investimentos outrora realizados pela agravante e pela parte interessada seriam destruídos, para a construção pretendida pela autora, circunstância esta desconsiderada pelo juízo de primeira instância, em clara violação ao que dispõe o §2º, do art. 273, do Código de Processo Civil (Acórdão proferido no julgamento da apelação n. 1.0024.06.021800-5/001, em 01/02/2007, Relator Desembargador Manuel Saramago). Estes dois exemplos demonstram que, desde a inserção da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, sua concessão tem sido feita em descompasso com a técnica determinada pelo art. 273, do Código de Processo Civil.

²²⁷ Nesse sentido, é o acórdão n. 1440 proferido em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Paraná, no qual foi ratificado o ato praticado pelo juízo de primeira instância que, em ação cautelar, deferira tutela antecipada *inaudita altera parte*, determinando-se a realização de vistoria em computadores, impedindo, desta forma, que o réu pudesse acompanhar a diligência, nomear assistente técnico e apresentar quesitos. (Acórdão n. 1440, proferido no julgamento da apelação n. 220.016-4, em 21/06/2005, Relator Desembargador Luís Espíndola). Por óbvio, esta circunstância denota visível cerceamento do direito de defesa da parte contrária, que foi tolhida de participar do ato procedimental em comento, fato este que denota clara violação dos princípios inerentes à garantia do devido processo constitucional.

usadas pelo legislador quando da criação desta norma, concedendo a medida quando a ele aparenta existir “perigo de dano irreparável ou de difícil reparação” ou “abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu”, sem nem mesmo permitir a participação do demandado na elaboração do ato decisório.²²⁸

Muitas vezes, a concessão é determinada sem o suporte probatório necessário para tanto, permitindo-se a execução da medida, inclusive com imposição de restrições ao direito do réu²²⁹, embasada apenas na aparência do direito do autor, que fora percebida pelo julgador, detentor de sensibilidade aguçada.²³⁰

Nesses termos, o processo torna-se mero instrumento da jurisdição, cabendo ao juiz estabelecer a justiça no caso concreto, garantindo, de forma especial, a efetividade (celeridade) do ato decisório²³¹.

A legitimidade da decisão dá-se a partir das idéias solipsistas do julgador, que imprime sua ideologia no caso concreto, diferentemente do que se

²²⁸ Para corroborar esse entendimento, cita-se acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, no qual é destacada a importância do “prudente arbítrio” do juiz para o deferimento da tutela antecipada: “(...) Trata-se de agravo de instrumento em face do deferimento da liminar reintegração de posse, como tutela antecipada pleiteada na ação de resolução de contrato de compra e venda c/c reintegração de posse. Da detida análise dos autos, temos que a decisão recorrida não merece reforma, devendo ser mantida até o julgamento final da ação, pois, proferida dentro de critérios legais e do poder de livre convencimento do Magistrado. Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. O poder discricionário do Magistrado se caracteriza pela liberdade de poder formular, a si próprio, uma norma de atuação derivada de seu dever como órgão do Estado e do objeto a atingir, daí porque, a lei oferecendo parâmetros à atuação judicial, na verdade permite que o julgador dê à causa soluções diversas, outorgando-lhe, outrossim, um poder/dever de conteúdo discricionário, tanto no aspecto processual como jurisdicional. Assim, o deferimento ou não da tutela antecipatória, decorre da livre convicção e prudente arbítrio do Juiz, desde que satisfeitos os requisitos legais, quais sejam: prova inequívoca e verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em razão de eventual demora na prestação jurisdicional e a possibilidade da reversibilidade do provimento. (...)” (Acórdão n. 18172, proferido no julgamento do agravo de instrumento n. 396.205-2, em 05/06/2007, Relator Desembargador Sérgio Arenhart).

²²⁹ Cf. VIEIRA. *A ordinaryidade reformada*, p. 107.

²³⁰ A respeito desta questão, é ilustrativo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Goiás, que reformou a decisão agravada que houvera concedido, favoravelmente à autora, tutela antecipada em ação reivindicatória, haja vista a ausência de prova inequívoca da verossimilhança de suas alegações. De acordo com a decisão colegiada, o juízo de primeira instância deferiu a medida de urgência, com a imissão da autora na posse do bem objeto do litígio, embasando-se em registro imobiliário e compromisso de compra e venda, nos quais sequer constava seu nome. Nestes termos, inexistiu a prova inequívoca da propriedade do imóvel, requisito este imprescindível para eventual antecipação da tutela da lei. (Acórdão proferido no julgamento do agravo de instrumento n. 52.460-1/180, em 29/03/2007, Relator Desembargador Alfredo Abinagem).

²³¹ Cf. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 324.

deveria verificar no Estado Democrático de Direito, em que todos os atos decisórios estatais são submetidos permanentemente à fiscalização e testificação, possibilitada pelo devido processo constitucional.

Além disso, é preciso ressaltar, ainda, que o pressuposto da reversibilidade dos efeitos da decisão nem sequer chega a ser analisado, não possuindo qualquer influência no deferimento ou indeferimento da tutela antecipada pleiteada, em visível desconsideração à expressa disposição contida no §2º, do art. 273, do Código de Processo Civil. Isto porque, mesmo quando irreversíveis ditos efeitos, ainda assim há a concessão da medida de urgência.²³²

Nesse sentido, a própria garantia da reserva legal, embora embasada na vontade popular (cidadania), não é levada em consideração nos dias de hoje, no momento do deferimento da tutela antecipada sem a audiência do réu, o que denota que os operadores do direito esquecem que a rapidez procedimental somente se concretiza pela legalidade, determinante da necessária observância do ordenamento jurídico, e não do comprometimento individual do julgador.²³³

Mais do que isso, constata-se, ainda, o desprezo dos princípios institutivos do processo, em clara sumarização da cognição, para prestigiar a celeridade jurisdicional em toda e qualquer hipótese posta sob a apreciação do judiciário, correndo-se o risco de descaracterizar o processo para um simples procedimento²³⁴.

Na esteira desse pensamento, a regra é o exercício das garantias do contraditório e da isonomia pelo réu somente após a antecipação da tutela, com o que se nota que as partes não são colocadas em posição de igualdade, no que tange à defesa de seus interesses, haja vista a posição mais vantajosa conferida a uma, em prejuízo da outra.²³⁵

²³² Cf. ARENHART. *A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002*, p. 277. Para corroborar essa afirmação, ver nota de rodapé n. 220.

²³³ Cf. ALMEIDA. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 93.

²³⁴ Cf. MADEIRA. *Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo*, p. 134.

²³⁵ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 159.

Aliás, é preciso ressaltar que é a violação desses princípios que mais incita o surgimento do autoritarismo do órgão julgador, com decisões arbitrárias e subjetivas, baseadas na concisão da norma, sem qualquer subordinação à fiscalização das partes.²³⁶

A concessão da tutela antecipada nesses termos conduz necessariamente à desconsideração da própria instituição constitucionalizada do processo, haja vista o óbice à discursividade entre as partes, decorrente da supressão dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Tal se justifica pela circunstância de que a celeridade da jurisdição é colocada acima da própria observância do devido processo constitucional, apesar de no Estado Democrático de Direito não se conceber o deferimento de medidas de urgência sem o intermédio desta garantia.²³⁷

Com essa atitude, deixa-se de lado o pensamento que deveria prevalecer na pós-modernidade, em consonância com a teoria neo-institucionalista, de que o processo, como instituição constitucionalizada garantidora dos direitos fundamentais, harmoniza-se, sim, com a tão almejada rapidez no trâmite procedimental, mas nunca a ela pode ser subordinada²³⁸.

²³⁶ Cf. MADEIRA. *Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo*, p. 140.

²³⁷ Cf. HORTA TAVARES. *Tempo e processo*, p. 116. Cf. BRÊTAS C. DIAS. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito*, p. 656.

²³⁸ Cf. FONSECA. *Isonomia e contraditório na Teoria do Processo*, p. 24.

CAPÍTULO IV – TUTELA ANTECIPADA *INAUDITA ALTERA PARTE* NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1. Compatibilidade da concessão da tutela antecipada face aos princípios da vinculação ao Estado Democrático de Direito e do devido processo constitucional

Conforme já ressaltado, a possibilidade de se antecipar o conteúdo da lei foi expressamente permitida a partir da reforma efetivada no Código de Processo Civil, ocorrida em 1994, que implicou, dentre outras mudanças, na alteração do seu art. 273, que passou a prever a disciplina legal da tutela antecipada.

Como instituto jurídico processual que é, essa medida de urgência, analisada na pós-modernidade, necessariamente há que respeitar os princípios da vinculação ao Estado Democrático de Direito e do devido processo constitucional.

É que, como visto, são esses princípios que dão a tônica do sistema processual na democracia, de sorte que os atos, institutos e instituições processuais construídos sem sua observância culminam em sua necessária ilegitimidade.

Nesses termos, torna-se imperativo seu cumprimento, especialmente no caso da tutela antecipada, com vista a condicionar a atividade jurisdicional do Estado, o que deve se verificar, por óbvio, dentro do espaço procedimentalizado do processo, onde é possível a aplicação daqueles princípios em toda a sua extensão.

Na verdade, é importante salientar que a obediência aos princípios do devido processo constitucional e da vinculação ao Estado Democrático de Direito, mais do que uma imposição do texto constitucional, constitui-se em conquista histórica de uma comunidade jurídica, permitindo diferenciar um

sistema normativo democrático de outro embasado em uma função jurisdicional salvadora e justiceira, justamente por permitir a participação popular na formação das decisões estatais e em sua fiscalização. Neste sentido, sendo a tutela antecipada concedida por meio de uma decisão interlocutória, e encontrando-se inserida em um ordenamento jurídico democrático, como é o brasileiro, seu deferimento igualmente se submete à regência destes princípios, o que torna a concessão desta medida compatível com a ciência jurídica pós-moderna. Em decorrência desta circunstância, a antecipação de tutela, em regra, deve não só observar as disposições normativas a ela aplicáveis (reserva legal), mas, ao mesmo tempo, possibilitar a discursividade entre as partes, com vista a permitir-lhes testificar o ordenamento jurídico positivado e fiscalizar o exercício da jurisdição, dando azo à crítica corretiva permanente do autor e do réu sobre a atividade estatal, especialmente quando a tutela pleiteada não se refere à antecipação do conteúdo de uma norma de direito fundamental.²³⁹

Aliás, é justamente essa possibilidade, conferida às partes, de submeter a antecipação de tutela à crítica permanente que conduz à legitimidade da antecipação de tutela concedida no espaço procedimentalizado, permitindo sua elaboração, aplicação e reconstrução de forma legitimada e objetiva.

Além disso, seu deferimento há que ser embasado na existência da base constitutiva da prova – elemento, meio e instrumento – acerca dos argumentos levantados pelas partes, o que se mostra imprescindível à própria estruturação do espaço procedimental,²⁴⁰ afastando-se, desde já, qualquer fundamento extraído de simples presunções ou da probabilidade aparente do direito alegado.

Tal se justifica pela circunstância de que a decidibilidade no Estado Democrático de Direito, ainda que referente à tutela antecipada, deve ser

²³⁹ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 26-28.

²⁴⁰ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 203.

conformada mediante a comprovação dos elementos da situação fática alegada no processo, pelos meios intelectivos legalmente permitidos.²⁴¹

Para garantir o cumprimento dessas determinações, por óbvio, faz-se mister que haja a motivação do ato decisório concessivo da medida de urgência pelo juiz, que necessariamente deve estar fundamentada nas alegações e provas trazidas ao procedimento pelas partes, como decorrência do próprio princípio do devido processo constitucional que determina a necessária observância do princípio da fundamentação das decisões, como forma de fiscalização pelas partes da atividade judicial.

Somente desse modo é que se torna possível a construção da tutela da lei com efetiva participação popular, alcançando-se uma decisão concessiva da medida de urgência verdadeiramente racional e consentânea com um Estado de bases verdadeiramente democráticas.

Da mesma forma, com a motivação do pronunciamento jurisdicional, evita-se que a tutela antecipada tenha sua legitimidade embasada em um simples ato decisório solitário e subjetivo, estabelecido em fundamentos estratégicos de manutenção de uma paz social, na qual as partes se constituíam em simples expectadores da decisão elaborada pelo juiz.²⁴²

Ao contrário dessa idéia, o papel do órgão julgador deve restringir-se a assegurar o devido processo e todas as garantias processuais a ele inerentes, vinculando sua atividade ao princípio do Estado Democrático de Direito, como impõe o próprio texto constitucional (arts. 1º, e 5º, incisos LIV e LV).²⁴³

Nesses termos, a compatibilidade da tutela antecipada com ditos princípios não se afigura apenas como uma tarefa do operador do direito preocupado com a instauração de um sistema processual democrático. Afigura-se, na verdade, como um dever de todos os sujeitos do processo, determinado pela Constituição em vigor.

²⁴¹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 196-197.

²⁴² Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 29.

²⁴³ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 190.

4.2. Tutela antecipada *inaudita altera parte* no Estado Democrático de Direito

A tutela antecipada, quando concedida em qualquer fase do procedimento, necessariamente deve observar os princípios da vinculação ao Estado Democrático de Direito e ao devido processo constitucional.

Contudo, é preciso esclarecer que a necessária obediência aos princípios em questão não impede o deferimento liminar e *inaudita altera parte* dessa medida de urgência, mesmo em uma democracia.

O que não se admite na pós-modernidade é a antecipação da tutela sem a audiência do réu de forma indiscriminada, em toda e qualquer hipótese submetida à apreciação do órgão julgador, especialmente quando o ato concessivo da tutela embasa-se apenas no subjetivismo do juiz.

De qualquer forma, é preciso ressaltar que, consoante estabelece a teoria neo-institucionalista, o cabimento dessa medida, nos termos ora tratados, restringe-se às hipóteses de satisfação de direitos fundamentais, já legitimados pelo devido processo constituinte, eis que caracterizados pela liquidez e certeza necessária para a sua imediata executividade,²⁴⁴ conforme a exposição que segue.

4.2.1. Executividade dos direitos fundamentais

A análise dos direitos fundamentais envolve várias questões equívocas, decorrentes da adoção de idéias outrora prevalecentes no Estado Liberal e no Estado Social, e que ainda hoje insistem em se fazerem presentes.

Uma dessas questões equívocas refere-se à própria denominação que se atribui aos direitos ora examinados. Neste sentido, cumpre salientar que não existe rigor no uso de seus termos designativos, sendo possível verificar, mais constantemente, a utilização de dois vocábulos para nomeá-los: direitos

²⁴⁴ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 25.

humanos e direitos fundamentais. Entretanto, esta terminologia é empregada, no mais das vezes, com variadas acepções, até mesmo inadequadas sob a ótica da ciência jurídica.

Sobre esses termos, esclarece Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que

(...) Embora ditas expressões possam designar realidades próximas, o que dificulta precisar-lhes as diferenças sob o ponto de vista jurídico, a doutrina mais especializada envida esforços para distingui-las. Em o fazendo, observa-se que, em princípio, a expressão direitos humanos é pouco significativa e impregnada de certa carga de redundância, porque, afinal de contas, todos os direitos são humanos. (...) Contudo, pesquisa na doutrina mais atual indica propensão em se chamar de direitos fundamentais os direitos humanos que tenham adquirido positividade no ordenamento jurídico-constitucional do Estado, atingindo, por conseguinte, grau maior de certeza e efetiva possibilidade de serem garantidos. (...) ²⁴⁵

Em decorrência dessas circunstâncias, no presente estudo será utilizada a expressão direitos fundamentais, até porque com isto já se confere a estes direitos um caráter mais racional, afastando-se a idéia, que costuma girar em torno deste tema, de que se tratam de direitos inatos ao ser humano, uma vez que claramente afeiçoada ao direito natural, e, pois, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Vencida essa etapa, faz-se mister salientar a importância que os direitos fundamentais possuem no que se refere à legitimação do próprio Direito. É que são eles que estabelecem as condições para a concretização do discurso, possibilitando a realização da soberania popular na construção das normas que serão aplicadas aos indivíduos, de sorte a permitir que os destinatários do ordenamento jurídico reconheçam-se como seus próprios criadores, garantindo-se o pleno exercício da democracia. ²⁴⁶

Ao proporcionarem a igualdade e liberdade aos indivíduos, estes direitos asseguram a presença e influência do povo em toda e qualquer atividade do Estado, com o que torna possível sua efetiva ingerência na formação das decisões estatais, pelo processo, conferindo validade e racionalidade à ordem normativa assim construída. ²⁴⁷

²⁴⁵ BRÊTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 109.

²⁴⁶ Cf. HABERMAS. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*, p. 71.

²⁴⁷ Cf. SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 70-71.

Nesses termos, verifica-se que os direitos fundamentais afiguram-se em pressuposto necessário para a concretização de um sistema jurídico democrático, de sorte que normalmente encontram-se estabelecidos nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, como, inclusive, é o caso do Brasil. É, aliás, a possibilidade por eles conferida de se concretizar o debate na criação e aplicação das normas jurídicas que determina a necessidade, nos dias de hoje, de lhes ser conferido o *status* de normas constitucionais.²⁴⁸

Na linha desse pensamento, os direitos fundamentais equivalem àqueles direitos que são mutuamente reconhecidos pelos membros da comunidade jurídica, em determinada época, como forma de conferir legitimidade e caráter democrático ao direito construído por esta própria comunidade.²⁴⁹

Consoante esse entendimento, não é o Estado que confere aos seus cidadãos os direitos em análise, como se fosse ele o único que detivesse poder suficiente para ditar solitariamente a normatividade imposta aos seus súditos, como equivocadamente ocorria nos Estados Liberal e Social. Esta visão absolutista e autocrática do Estado já não prevalece nos dias de hoje, em que vigora o Estado Democrático de Direito, que não determina a legitimidade dos direitos fundamentais como consequência de sua imposição por um ente superior (Estado), mas sim como decorrência de sua instituição pelo povo, com base no devido processo constitucional, garantidor que é dos princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa. Nestes termos, a legitimidade dos direitos fundamentais, e mesmo sua exata compreensão, passam necessariamente pela discursividade proporcionada por estas garantias.²⁵⁰

²⁴⁸ Ressalte-se que a inserção dos direitos fundamentais no texto constitucional deveu-se muito à íntima relação que existe entre aqueles direitos e a Constituição, haja vista a função atribuída a ambos de impor limitações ao poder estatal. Contudo, na atualidade, em que vigora o Estado Democrático de Direito, a constitucionalização destes direitos decorre não apenas desta circunstância, mas também, e talvez principalmente, devido à sua imprescindibilidade para a própria concretização da democracia.

²⁴⁹ Cf. GALUPPO. *O que são direitos fundamentais?*, p. 236.

²⁵⁰ Cf. GALUPPO. *O que são direitos fundamentais?*, p. 236-237. Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 32-34.

E nem poderia ser diferente, uma vez que é na democracia que se permite a verdadeira participação popular na criação dos direitos, e em sua posterior testificação e fiscalidade, possibilitando sua construção contínua pelos próprios indivíduos.

Essa constatação demonstra que o sistema dos direitos fundamentais não se encontra definitivamente finalizado, uma vez que estão eles submetidos à crítica permanente, que conduz à sua constante correção e adequabilidade.

Nesse sentido, os direitos fundamentais constituem-se nos “(...) pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se enuncia.”²⁵¹

A partir dessas idéias, afasta-se o pensamento, de bases metafísicas, de que os direitos fundamentais já nascem com os seres humanos, como se decorressem de um direito natural pressuposto. Ao contrário, são eles construídos pelo povo²⁵², que é o único legitimado, em um Estado Democrático de Direito, a criar, recriar, alterar e aplicar o sistema jurídico.²⁵³

Atualmente, os direitos fundamentais avultam-se como conquista histórica da humanidade, inserida na instituição constitucionalizada do processo, nele garantindo a participação popular na elaboração dos atos decisórios estatais, por meio da instauração do discurso²⁵⁴, tornando-se condição imprescindível à gênese imparcial e apropriada de juízos de justificação e aplicação do ordenamento jurídico, por meio do processo.²⁵⁵

²⁵¹ LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 31.

²⁵² Cf. HABERMAS. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*, p. 79-80.

²⁵³ Tem-se buscado atualmente uma análise hermenêutica dos direitos fundamentais mais voltada para seu discurso de fundamentação, circunstância esta que se mostra relevante para legitimar sua necessária aplicabilidade imediata (Cf. SOUZA NETO. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*, p. 300-301). Aliás, como se verá adiante, o exame da construção dos direitos fundamentais serve para fundamentar determinadas técnicas processuais, como é o caso da tutela antecipada *inaudita altera parte*, especialmente quando se destinam a realizar estes direitos.

²⁵⁴ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 28.

²⁵⁵ Cf. CRUZ. *Processo constitucional e efetividade dos direitos fundamentais*, p. 213.

Os direitos fundamentais avultam-se, pois, como condição de legitimidade das próprias funções estatais de criação e aplicação da normatividade posta, o que permite a instauração de um direito verdadeiramente democrático, impedindo-se a instituição de qualquer óbice à sua plena realização.²⁵⁶

Os direitos fundamentais além de serem considerados como limitações impostas ao Estado, impedindo-se a utilização arbitrária de seu poder, mesmo quando disfarçada sob o nome de **prudente arbítrio**, é tida, ainda, como diretriz das atividades estatais, seja por meio do exercício da jurisdição, da administração ou da legislação, que, necessariamente, devem fazer valer ditos direitos, de forma eficiente e adequada.²⁵⁷

Existe, dessarte, uma verdadeira vinculação dos órgãos estatais às determinações impostas por esses direitos, até porque cabe ao Estado, em primeiro lugar, observá-los nas atividades por ele desempenhadas, possibilitar sua efetiva fruição pelos indivíduos, e, ao mesmo tempo, protegê-los de qualquer lesão ou ameaça de lesão.²⁵⁸

Aliás, são esses mesmos direitos que permitem que os indivíduos de uma comunidade jurídica efetivamente influenciem na elaboração dos atos decisórios decorrentes do desempenho das funções estatais, conduzindo à configuração de um povo verdadeiramente ativo (cidadania), e, via de consequência, auxiliando na consolidação do Estado Democrático de Direito.²⁵⁹

Desse modo, verifica-se que o Estado não apenas deve determinar a observância dos direitos fundamentais nas hipóteses postas sob sua apreciação,

²⁵⁶ Cf. SOUZA NETO. SOUZA NETO. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*, p. 286-287. De acordo com o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, as normas que tratam dos direitos fundamentais possuem aplicação imediata. É a partir desta norma que se veda a criação de empecilhos à pronta realização dos direitos fundamentais.

²⁵⁷ Cf. BRÉTAS C. DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 107-108. CAMPO. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, p. 25. SARMENTO. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*, p. 254. Neste caso, ocorre o que este último autor chama de eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

²⁵⁸ Cf. CAMPO. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, p. 30.

²⁵⁹ Cf. QUINTÃO SOARES. *Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais*, p. 414.

mas também ele mesmo deve observar o que dispõem estes direitos ao longo do exercício de suas funções, garantindo o devido processo constitucional, sob pena de serem destituídas de legitimidade e racionalidade as decisões por ele emanadas, bem como as atividades exercidas para a sua elaboração.²⁶⁰

Em uma palavra, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais constituem-se, ao mesmo tempo, pressuposto e resultado das funções estatais, desempenhadas num espaço discursivo-procedimentalizado.

De qualquer forma, é preciso deixar claro que a concretização dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, deverá verificar-se sempre no processo, haja vista que somente nesta instituição constitucionalizada é que se proporcionará sua permanente testificação, necessária à correição e adequabilidade destes direitos.

É que, na pós-modernidade, além de ser imprescindível a criação dos direitos fundamentais com base no devido processo constituinte, mostra-se igualmente necessária sua fiscalidade irrestrita *a posteriori* pelo processo.²⁶¹

Nesse sentido, os direitos fundamentais não se isentam da submissão à crítica e testificação permanentes, mesmo depois de inseridos na Constituição, com observância dos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, sendo certo que esta fiscalização verifica-se no espaço discursivo-procedimentalizado, que proporcione a estruturação de uma decidibilidade verdadeiramente democrática e participada.²⁶²

No tocante à criação desses direitos, é importante ressaltar que são eles considerados, pela teoria neo-institucionalista, como produto da discursividade travada pelo povo na processualidade constituinte, com a garantia dos princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, que estabeleceu a inclusão no

²⁶⁰ Cf. SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 393.

²⁶¹ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 25.

²⁶² Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica* p. 167.

texto constitucional daqueles direitos considerados pela soberania popular como fundamentais para a própria integração social de seus membros.²⁶³

Na decidibilidade estabelecida no plano constituinte, com a efetiva participação discursiva do povo em sua construção, é que são elaborados os direitos fundamentais, que, por isso mesmo, são dotados de aplicabilidade imediata.

Em decorrência dessa circunstância, referidos direitos encontram-se pré-decididos e pré-garantidos no texto constitucional, haja vista a sua constitucionalização por meio da garantia do devido processo, ainda no momento de elaboração desta norma fundante.

Na esteira desse pensamento, exclui-se a idéia liberal de que os direitos fundamentais seriam concedidos por uma assembléia de especialistas, a uma comunidade jurídica que os receberia de forma passiva, pois, se assim fosse, haveria a imposição de uma cidadania previamente determinada pela norma constitucional, já definida e inquestionável, que certamente impediria a participação e fiscalização popular na construção dos atos decisórios decorrentes do devido processo constituinte.²⁶⁴

Da mesma forma, os direitos fundamentais não se afiguram como donativos historicamente fornecidos ao povo²⁶⁵, por um Estado soberano provedor das necessidades de seus súditos, já que hoje não é mais possível tolerar um assistencialismo recebido pelos indivíduos, sem qualquer questionamento acerca do sistema imposto pelo ente estatal.

Ao contrário, o que existe atualmente é a elaboração pela vontade popular de uma estrutura jurídico-normativa por meio do discurso na processualidade constituinte, que, constantemente, submete-se à

²⁶³ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 30. BRITO. *Tutelas de urgência e processo no Estado Democrático de Direito*, p. 34.

²⁶⁴ Cf. LEAL. *Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania*, p.08

²⁶⁵ Cf. LEAL. *Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*, p. 91.

problematização pelo devido processo, no intuito de criar, recriar e aplicar os direitos já normativamente positivados.²⁶⁶

Nesses termos, saliente-se que mesmo os próprios direitos fundamentais inseridos na Constituição igualmente se submeteriam à crítica e testificação permanentes, o que se daria no espaço procedimentalizado do processo, instituidor de uma decidibilidade verdadeiramente democrática.²⁶⁷

Referida dialogicidade, necessária à construção e realização da normatividade, delinea-se em processo jurídico constituinte “(...) de um direito a ser ativado (pós-ativo = positivo) e não mais um direito ativo miticamente surgido da natureza ou de um **poder** instituinte (constituente) originário (egresso) do leito das culturas ou da razão pura ou apriorística.”²⁶⁸

É a participação do povo em contraditório, isonomia e ampla defesa, como concretização da conquista histórica da cidadania, que se avulta como fonte imprescindível de construção no plano constitucional dos direitos fundamentais, que, posteriormente, serão aplicados em benefício dos próprios indivíduos autores de sua criação.

Ressalte-se que a garantia do discurso ainda no nível constituinte é de suma relevância para que haja a fiscalização do povo em torno da real inserção e garantia desses direitos no texto constitucional, até porque sua posterior realização será imprescindível para possibilitar-lhe a busca pela concretização da própria ordem jurídica positivada.

Além disso, é preciso deixar claro que a exigência da discursividade verifica-se no espaço dialógico-procedimentalizado do processo, uma vez que este se avulta, no Estado Democrático de Direito, como garantia imprescindível ao estabelecimento da normatividade nos planos instituinte, constituinte e constituído do direito.²⁶⁹

²⁶⁶ Cf. LEAL. *Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*, p. 91.

²⁶⁷ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 167.

²⁶⁸ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 99-100.

²⁶⁹ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 99.

Nesses termos, o que se verifica na pós-modernidade é a edificação democrática dos direitos fundamentais, proporcionada pelo devido processo exercitado e acessível a todo o povo, desde o nível constituinte de elaboração das normas da Constituição, implicando na prévia definição e garantia destes direitos.

Em decorrência dessa circunstância, pode-se afirmar que já na produção do texto constitucional, há um acertamento prévio dos direitos fundamentais, permitindo-se sua realização de forma mais eficiente e célere.

Justamente por já se encontrarem previamente acertados e garantidos, é possível vislumbrar a configuração de coisa julgada constituinte, possibilitadora da imediata executividade destes direitos, que, ao lado de sua característica de pronta aplicabilidade, determinam a fruição plena dos direitos fundamentais. Acrescente-se, ainda, que a imediata execução dos direitos fundamentais decorre também do fato de que, desde sua instituição, referidos direitos passam a se pautar pelos atributos da certeza e da liquidez, o que igualmente reflete a necessidade de que sejam eles prontamente realizados, inclusive para possibilitar a fixação das exatas diretrizes do Estado Democrático de Direito.²⁷⁰

Nesses termos, ressalte-se que estes atributos já foram concebidos e estruturados pela discursividade aberta no espaço constituinte-procedimentalizado, por meio das garantias dialógicas do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Isso porque a soberania popular, ainda na constitucionalização dos direitos fundamentais pelo devido processo constituinte, estabeleceu a certeza e a liquidez como seus elementos estruturais, diante de sua importância essencial para a própria inclusão do povo na busca por seus direitos.

Nesse passo, a liquidez foi atribuída a estes direitos, com vista a conferir-lhe autoexecutividade, ao passo que a certeza foi incluída como seu

²⁷⁰ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 30.

elemento estrutural diante da própria infungibilidade jurídica dos direitos fundamentais, o que lhes tornou prontamente exequíveis. Desta forma, os atributos em análise dos direitos fundamentais não derivam de uma presunção de irrefutabilidade absoluta e sem fundamento a eles conferida, e sim da construção destes direitos, no plano constitucional, já com ditos elementos de executividade, formando um título constitucional apto para a imediata realização dos direitos nele definidos.²⁷¹

Daí por que se diz, no esteio dos ensinamentos da teoria neo-institucionalista, que, no Estado Democrático de Direito, no tocante aos direitos fundamentais, o texto constitucional escrito equipara-se a um título executivo extrajudicial de obrigação infungível de fazer do Estado, cujo beneficiário é o povo, verdadeiro criador dos direitos em questão.²⁷²

Nesses termos, verifica-se que os direitos fundamentais encontram-se constitucionalizados em normas de aplicação imediata, que lhes possibilitam sua pronta executividade, não se fazendo necessário posterior acerto, no nível de exigibilidade das normas jurídicas.²⁷³

Tal se justifica em decorrência da imprescindibilidade dos direitos fundamentais (vida, liberdade, dignidade)²⁷⁴ na legitimação dos indivíduos para a busca de seus direitos, até porque sua concretização e fruição (inclusão social) se fazem necessárias ao delineamento da própria democracia.

Na linha desse pensamento, a executividade dos direitos fundamentais avulta-se essencial para a configuração de um Estado Democrático de Direito, que não só permita, mas imponha a necessária abertura a todos os membros da

²⁷¹ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 26-30.

²⁷² Cf. LEAL. *Fundamentos de liquidez e certeza na constitucionalidade econômica*, p. 38.

²⁷³ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 25.

²⁷⁴ “Um direito à vida não produzido no exercício lingüístico da instância signica do instituto jurídico do contraditório (integração no discurso de produção e aplicação dos sentidos normativos) conceberia vida no plano exclusivamente vegetativo ou biológico (*zoé-bios*). Direito à dignidade sem o prévio correlativo de uma autoilustração sobre os fundamentos da própria fala (ampla defesa) recepcionaria o absolutismo da ostentação de uma consciência formada numa relação intimidante do outro reconhecedor (Hegel). Direito à igualdade-liberdade sem antes instituir fundamentos lingüístico-jurídicos postos como autoprivação para todos (isonomia) da livre vontade de uns sobre a fala de outros seria o exercício da barbarização das minorias pelas maiorias opulentas, mediante o livre-arbítrio da autotutela centrada no poder da autoridade legal ou carismática. (...)” (LEAL. *Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*, p. 96).

comunidade jurídica à instituição constitucionalizada do processo (cidadania), com vista a construir, reconstruir e aplicar os conteúdos da normatividade positivada.

4.2.2. Possibilidade de concessão da tutela *inaudita altera parte* para a satisfação dos direitos fundamentais

Os direitos constitucionalmente construídos, quando proclamados como fundamentais, apresentam imediata executividade, decorrente dos seus atributos de liquidez e certeza, de sorte que não se submetem a posteriores redefinições por meio de pronunciamentos jurisdicionais, a não ser depois de concretamente realizados de ofício pelo Estado. Na verdade, a existência destes atributos quanto aos direitos fundamentais faz surgir a exigência de sua satisfação imediata e contínua, visto que se trata de direitos pré-acertados e pré-decididos já na elaboração da norma fundante. Na esteira deste pensamento, mesmo os procedimentos instituídos para assegurar estes direitos, nos casos em que se verifique sua violação ou ameaça de lesão, mostram-se sem valia caso não haja previamente a devida concretização dos direitos fundamentais, de forma isonômica, para as partes uma vez que seu cumprimento avulta-se como pressuposto da proteção procedimental requerida.²⁷⁵

Em decorrência dessa circunstância, impõe-se a imediata execução do texto constitucional, como título executivo elaborado no plano constituinte, com base nas garantias do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, com vista a fazer valer os direitos fundamentais nele previstos.

Essa imposição denota que o garantismo constitucional, no Estado Democrático de Direito, não emerge da simples enumeração dos direitos fundamentais no texto constitucional, nem do posicionamento dos órgãos julgadores como seus guardiães, como sendo os únicos capazes de determinar

²⁷⁵ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 26-27.

sua efetiva tutela, e sim da possibilidade de pronta realização dos direitos fundamentais, previamente definidos na processualidade constitucional.²⁷⁶

Uma das técnicas processuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro em vigor para tanto é justamente a tutela antecipada, que necessariamente deve ser concedida *inaudita altera parte*, quando se tratar de direitos fundamentais, com vista a implementar a imediata execução destes direitos, que, ressalte-se, já foram submetidos ao devido processo constitucional quando de sua criação no plano constituinte.

Nesse caso, haverá a antecipação da tutela da própria Constituição, com vista a fazer valer os direitos anteriormente decididos, com base em uma cognição exercida na construção da norma fundante, cognição esta levada a cabo antes mesmo do exercício da jurisdição, mas ainda assim embasada no devido processo constitucional com a necessária participação popular.²⁷⁷

Somente nesses termos é que se aceita a concessão de tutela antecipada sem a audiência do réu como legítima, haja vista que insusceptível de violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, em decorrência da garantia já possibilitada ao povo da concretização destes princípios, ainda na elaboração constitucional dos direitos fundamentais.

Como afirma Rosemiro Pereira Leal,

*A cautelaridade decisória ou a tutelaridade antecipada, em suas variáveis procedimentais, preventivas, preparatórias, inibitórias, mandamentais ou executivas, somente se legitimam na constitucionalidade do direito democrático, se realizadas sob devido processo constitucional, no qual os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia que lhe são institutivos, à finalidade de liminar atendimento inaudita altera parte, já tenham sido atendidos, na estrutura procedimental constituinte, em devido processo legislativo de criação normativa das situações jurídicas (direitos-garantias) de fundamentalidade não-cambiáveis (liberdade, igualdade, dignidade, patrimonialidade), desde que suscetíveis de ampla e intercorrente correção na estrutura espaço-temporal discursiva dos procedimentos instaurados ao pleito das denominadas tutelas de urgência.*²⁷⁸

É, inclusive, em decorrência da forma como se verificou sua criação na processualidade constitucional que os direitos fundamentais são caracterizados

²⁷⁶ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 29.

²⁷⁷ Cf. BRITO. *Tutelas de urgência e processo no Estado Democrático de Direito*, p. 83.

²⁷⁸ LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 157.

como líquidos e certos, sendo passíveis de concessão liminar, mesmo que sua tutela legal seja deferida *inaudita altera parte*.

Sua imediata executividade determina a imperatividade de seu pronto deferimento, antes mesmo da audiência do réu, não sendo possível impor óbices à sua concretização nestes termos. Aliás,

O comprometimento sintático-discursivo dos conceitos jurídicos de **certeza e liquidez** com os **direitos fundamentais** é que legitima o atendimento *in limine litis* no direito democrático quando se destina à sumarização da *executio* em face da inadimplência dos agentes diretos e indiretos da Administração Governativa (ainda mitificada em vestes de **poder público**) quanto a direitos já integralmente acertados, por **coisa julgada constituinte**, em título executivo constitucional (provimento legislativo constitutivo) que impõe **certeza** plena (direito não cambiável) pelo seu aspecto *an-debeatur* e **liquidez** absoluta pela vedação de inexequibilidade do **dispositivo** provimental do **título** jurídico-político-constitucional.²⁷⁹

Nesse sentido, pode-se dizer que o processo, por meio da tutela antecipada liminar, proporciona a inserção dos indivíduos nos direitos fundamentais líquidos e certos, anteriormente garantidos na discursividade constituinte de elaboração do texto constitucional. Por força desta circunstância, os direitos, cuja tutela legal antecipadamente se pleiteia, não ficam submetidos a um acerto a ser feito pelo órgão julgador, com base em juízos subjetivos de verossimilhança, porque já acertados na norma fundante, com a devida observância dos princípios dialógicos do processo, não havendo que se falar na imposição de quaisquer filtros ou limitações para a sua concessão, eis que seu cumprimento há que ser incondicionado e autoexeqüível, haja vista que representam a vontade popular, democraticamente positivada no texto constitucional.²⁸⁰

Com base nessas idéias, afasta-se, desde já, a influência da sabedoria e sensibilidade do julgador no pronunciamento jurisdicional, uma vez que seu papel se restringe a promover a satisfação dos direitos fundamentais, cartularizados na Constituição, como coisa julgada constitucional.²⁸¹

²⁷⁹ LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 27.

²⁸⁰ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 91.

²⁸¹ Cf. LEAL. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*, p. 27.

Nesses termos, a efetivação dos direitos em análise por meio do deferimento da antecipação da tutela sem a audiência do réu não é levada a cabo com base na filantropia e bondade do órgão julgador, no intuito de igualar as partes, na medida em que confere ao autor que tem razão a proteção por ele pleiteada.

Na verdade, seu efetivo cumprimento se verifica em decorrência da própria imposição constitucional, que inseriu em seu texto, por meio do devido processo constitucional, os direitos fundamentais como sendo líquidos e certos, determinando-se sua pronta execução, com vista a possibilitar a todos os membros do povo a busca de seus interesses consignados no ordenamento jurídico, por meio dos procedimentos legalmente previstos para tanto, proporcionando-se, com isso, o adequado acesso à função jurisdicional.

Dessa forma, a concretização desses direitos, por meio da tutela antecipada liminar, faz com que seja observada a função primordial a eles conferida, que é a de introduzir o indivíduo na comunidade jurídico-política, no intuito de lhes permitir fazer valer a ordem jurídica em vigor, e, ao mesmo tempo, promover a sua incessante fiscalização e testificação, sempre impondo restrições à atuação despótica e autoritária do Estado.²⁸²

A estruturação dos direitos fundamentais nesses termos denota que a urgência que se verifica na tutela *inaudita altera parte* no Estado Democrático de Direito volta-se muito mais para a questão de fazer cumprir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, promovendo uma verdadeira inclusão social dos indivíduos, do que simplesmente reduzir o lapso temporal que medeia o início do procedimento e seu pronunciamento final, principalmente quando esta última circunstância se verifica por meio da atuação justiceira do órgão jurisdicional.

Nesses termos, o que é permitido no Estado Democrático de Direito é a possibilidade de se fazer valer uma rapidez argumentada, por meio dos direitos

²⁸² Cf. PRATES; SAFFI; MAGALHÃES. *Das formas de Estado à constitucionalidade democrática*, p. 391-393.

fundamentais previamente acertados no plano constituinte, que possam abrir a todos um espaço procedimentalizado, que permita a crítica e o questionamento da normatividade jurídica, e não a supressão da morosidade no exercício da jurisdição embasada em uma atividade judicial pretensamente salvadora das situações de perigo de dano, por um julgamento sumário e subjetivo.²⁸³

Isso porque é a efetiva operacionalização dos direitos fundamentais expressos na Constituição, por meio da tutela antecipada liminarmente concedida, que confere ao povo a possibilidade de construir, reconstruir e aplicar as normas constitucionais e infraconstitucionais, a partir do que se torna possível a estruturação ampliativa da própria cidadania.²⁸⁴

Por óbvio que a plenitude do exercício da cidadania, e a própria concretização da democracia ficariam prejudicados se houvesse qualquer restrição à pronta satisfação dos direitos fundamentais, proporcionada pela tutela antecipada. Neste sentido, esta medida de urgência culmina na realização dos conteúdos das normas constitucionais anteriormente instituídas de forma participada, com vista a fazer valer a estrutura legal democrática, de um Estado pós-moderno garantidor da soberania popular.²⁸⁵

Dessarte, reforça-se a idéia anteriormente exposta de que a satisfação dos direitos fundamentais culmina necessariamente na concretização da própria democracia, o que confere grande relevância à antecipação de tutela *inaudita altera parte*, quando voltada para a implementação destes direitos, já pré-definidos na discursividade constituinte, sendo certo que somente nestes termos é que esta técnica processual mostra-se adequada à ciência jurídica contemporânea.

Mais do que isso, somente nesses termos, é que se verifica a estruturação de uma medida de urgência não só necessária, mas imprescindível à implantação do Estado Democrático de Direito.

²⁸³ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 156- 157.

²⁸⁴ Cf. LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p. 87-88.

²⁸⁵ Cf. LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 101-165.

CONCLUSÃO

A consagração da discursividade, exigida pelo princípio democrático, determinou o avanço da modernidade, como contexto arraigado pelas idéias dos Estados Liberal e Social, para a pós-modernidade, na qual vigora a efetiva participação popular no espaço procedimentalizado do processo, propiciadora da conjuntura adequada para a constituição e desenvolvimento dos contornos do Estado Democrático de Direito.

Em decorrência dessa circunstância, todos os institutos e instituições passaram, necessariamente, a vincular-se às diretrizes traçadas pelo Estado Democrático de Direito, atualmente concebido como princípio essencial para a criação e aplicação do ordenamento jurídico.

Não fugindo à regra, a tutela antecipada *inaudita altera parte*, nos dias de hoje, deve ser aplicada e interpretada em consonância com a referida diretriz principiológica, que, juntamente com o princípio do devido processo constitucional, legitimam a concessão desta medida, trazendo óbices à vulgarização de seu uso, configurada pelo seu deferimento em desconformidade com a legislação constitucional e infraconstitucional a ela aplicável.

Ao contrário, sua dimensão contemporânea ultrapassa essa visão irracional e descomedida constatada na realidade forense, haja vista que essa técnica processual não se restringe a um simples adiantamento da pretensão que só seria concedida ao final do procedimento, mas sim propõe concretizar de forma imediata os direitos fundamentais dos indivíduos, que, ressalte-se, já foram previamente submetidos à discursividade, ainda na elaboração do texto constitucional.

Nesses termos, não haveria que se falar na violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, mesmo na hipótese de sua concessão sem a audiência do réu, uma vez que os princípios institutivos do

processo já foram assegurados no plano constituinte, com a abertura do discurso à soberania popular, quando da constitucionalização dos direitos fundamentais.

É preciso salientar que a construção participada desses direitos faz do texto constitucional um título executivo, dotado de liquidez e certeza, no que tange aos direitos fundamentais, justamente por já se encontrarem pré-decididos e pré-acertados no nível constitucional, de sorte que a concessão *inaudita altera parte* da tutela antecipada conduz necessariamente à possibilidade de sua pronta execução.

Aliás, em decorrência dessas características inerentes a tais direitos, seu deferimento liminar, mais do que uma possibilidade, avulta-se como condição imprescindível à estruturação do direito democrático, uma vez que impõe a imediata realização dos direitos fundamentais, necessária à inclusão dos membros da comunidade jurídica no espaço procedimentalizado do processo, com vista a fazer valer o ordenamento jurídico e a submetê-lo à constante testificação e reconstrução.

Somente nesses termos é que se admite a antecipação da tutela sem a audiência do réu, conferindo legitimidade à sua concessão e, ao mesmo tempo, posicionando esta técnica processual como fonte essencial da própria democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático de Direito. *In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos continuados de teoria do processo. v.4. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 81-104.*
- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. ampl. e atual. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. la (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionale del giusto processo. *Revista de Processo* n. 150, p. 70-80. São Paulo, ago. 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 276-291.
- ASSIS, Zamira de. A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. *In: HORTA TAVARES, Fernando (Coord.). Urgências de tutela. Processo Cautelar e Tutela Antecipada. Reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 179-188.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. *In:_____.* *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004. 8ª série. p. 01-13.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In:_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004. 8ª série. p. 15-27.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. In:_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004. 8ª série. p. 89-105.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERIZONCE, ROBERTO O. Luces y sombras del proceso civil contemporáneo. *Revista de Processo* v.30, n.126, p.84-94. São Paulo, ago.2005.
- BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais* v.7, ns. 13 e 14, p. 150-163. Belo Horizonte, jan./dez. 2004.
- BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 8, n. 16, p. 147-161. Belo Horizonte, 2º sem/2005.
- BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. p. 653-663.

- BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. *In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo e DINIZ NEPOMUCENO, Luciana (Coords.). Processo civil reformado.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 217-252.
- BRITO, Priscila Ladeira Alves de. *Tutelas de urgência e processo no Estado Democrático de Direito.* Dissertação apresentada como requisito de conclusão do curso de mestrado em Direito e Instituições Políticas da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2006.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo.* Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos fundamentales: concepto y garantías.* Madrid: Trotta, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela.* 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo* v. 29, n. 116, p. 97-158. São Paulo, jul/ago 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo* n. 151, p. 72-98. São Paulo, set. 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. *In: SAMPAIO, José Adércio Leite. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.) Hermenêutica e jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 195-248.

- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 233-246.
- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Isonomia e contraditório na Teoria do Processo. *In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos continuados de teoria do processo*. v.1. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 13-24.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Revista de Processo* v.31, n.141, p.150-179. São Paulo, nov.2006.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? *In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213-238.
- GALVÉZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan José Monroy. Dal mito del processo ordinario Allá tutela differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 1, v. 54, p. 71-106. Padova, 2004.
- GUASP, Jaime. *Concepto y metodo de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1997.

- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Derechos fundamentales, proceso y principio de proporcionalidad. *Revista de Processo* v.24, n. 95, p. 64-83. São Paulo, jul. 1999.
- GÜNTER, Klaus. Legal adjudication and democracy: Some remarks on Dworkin and Habermas. *European journal of Philosophy*. Oxford, 1995. p. 36-54.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. *In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 67-82.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. 2.v.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 2. v. Madrid: Trotta, 2005.
- HORTA TAVARES, Fernando. Tempo e processo. *In: _____*. (Coord.). *Urgências de tutela*. Processo Cautelar e Tutela Antecipada. Reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111-118.
- JAYME, Fernando G. O devido processo legal. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v.3, n.5 e 6, p. 63-74. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. *In: _____*. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 23-31.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos de liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. *In: _____*. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 33-38.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 9, n. 17, p. 89-100. Belo Horizonte, 1º sem. 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania*. Disponível em: <<http://jus.clic3.net/>>. Acesso em 18 set. 2007.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do código de processo civil: como explicar o paradoxo processo moderno - justiça morosa? *Revista de Processo* v.27, n.105, p.128-138. São Paulo, jan./mar. 2002.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. *In: HORTA TAVARES, Fernando (Coord.)*. *Constituição, Direito e Processo*. Princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 123-143.

- MARINHO, Guilherme. Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios). *In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos continuados de teoria do processo.* v.1. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 71-90.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista Forense* v. 375, p. 81-102. Rio de Janeiro, set. 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela.* 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto Processuale Civile.* v. 3. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- MORELLO, Augusto M. Las reformas del proceso civil em Europa. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil.* Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 755-760.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.* Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* v.5, n.29, p. 73-85. Porto Alegre, mai./jun. 2004.
- OLIVEIRA, Allan Helber de. *O réu na tutela antecipatória do Código de Processo Civil.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento Objetivo.* Uma abordagem evolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte, Itatiaia, 1999.
- PRATES, Tatiana Maria Oliveira; SAFFI, Paulo Henrique Oliveira; MAGALHÃES, Demian da Cunha Pereira França. *Das formas de Estado à constitucionalidade democrática* *In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público, e União na*

- constitucionalidade brasileira*: Significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo *medium* lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 377-415.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1996.
 - QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 405-422.
 - RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Bosch, 1997.
 - ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
 - SAMPAIO, José S. *Os prazos no Código de Processo Civil*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
 - SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Por Alegre: Livraria do advogado, 2007.
 - SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.
 - SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
 - SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista Jurídica* v.49, n.287, p.5-29. Porto Alegre, set. 2001.
 - SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação*

- constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008. p. 285-326.
- TARUFFO, Michele. *Sui confini*: Scritti sulla giustizia civile. Bolonha: Il Mulino, 2002.
 - TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 166-174.
 - TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*. n. 143, p.65-77. São Paulo, jan/2007.
 - TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1996.
 - TARZIA, Giuseppe. La durata del processo civile e la tutela dei deboli. *In*: (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 127-133.
 - TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*. n. 151, p. 156-174. São Paulo, set. 2007.
 - TEIXEIRA, Welington Luzia. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* v.6, n.36 , p.19-37. Porto Alegre, jul-ago/2005.
 - TOMMASEO, Ferruccio. *I provimenti d'urgenza*: Struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983.
 - VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *A ordinariade reformada*. *Boletim técnico* v. 03, n. 02, p. 99-121. Belo Horizonte, dez. 1996.

- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A nova ordinariiedade: execução para a cognição. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v.3, n. 5 e 6 , p.115-123. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo* v. 16, n. 63, p. 54-63. São Paulo, 1991.