

EFETIVIDADE DO PROCESSO X TUTELAS DE URGÊNCIA: NUANCES DE UMA POLÊMICA

Júlia Beatriz Fernandes Jordão¹

RESUMO: Mais do que uma análise exaustiva do tema, este artigo propõe uma reflexão acerca da eficácia do processo enquanto meio de pacificação dos conflitos e da influência das tutelas de Urgência, cada vez mais agigantadas, no processo civil brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Processo, Tutelas de Urgência, Efetividade, Liminar.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Processo e Técnica Processual. 3 Tutelas de Urgência. 4 Conclusão. Referências

1 Introdução

*“A cultura de um povo se mede pelas leis que tem e pela capacidade de aplicá-las. Se a lei é ruim, ela se torna um instrumento da justiça institucionalizada. Não é também suficiente apenas a lei boa sem aplicação porque os comandos abstratos não mudam a realidade. A lei precisa de vida, porque é nela que cumpre a sua finalidade de estabilizar as relações sociais”*²

Processo. Efetividade. Celeridade. Esses termos têm sido alvo de grandes e calorosas discussões na seara jurídico-social. A partir do advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004 nunca se falou tanto em ‘reformular o judiciário, porque é lento, é ineficaz’ e daí por diante.

É certo que o processo, enquanto meio de pacificação dos conflitos, e as tutelas jurisdicionais ditas “de Urgência” são temas que, sem sombra de dúvida, contribuem diretamente para a eficácia do judiciário. E não apenas um processo pautado pela mera técnica, as um procedimento realizado em contraditório, assegurada a ampla defesa, como quis o legislador constitucional.

Todavia, manter um processo nesses moldes é caro e, sobretudo, moroso. O grande problema enfrentado pelo judiciário de todo país é a falta de celeridade e o excesso de burocracia. É certo que as garantias constitucionais do processo jamais devem deste ser afastadas, pois constituem pressupostos do Estado Democrático de Direito, no qual reina (ou pelo menos deveria) a dialeticidade, como bem pensou Habermas em sua “Teoria do Discurso”.

Acontece que a ampla discursividade no processo, consolidada pelo *due process of law*, por vezes se torna instrumento da burocracia, de protelação, comprometendo a efetividade do processo. Não que o contraditório e defesa sejam supérfluos, muito pelo

¹ Aluna do 7º período do Centro Universitário Newton Paiva.

² SILVA, Antônio Álvares. Reforma do Judiciário: uma justiça para o século XXI. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3.

contrário, são indispensáveis ao devido processo constitucional. Porém, na era da globalização, os procedimentos pelos quais a nova comunidade nacional e internacional se utilizam são rápidos e informais. E “para o judiciário surge um novo conceito de ‘tempo inimigo’ e dos ‘males do retardamento’, que constituem o fundamento de todas as queixas que contra ele se erguem”³.

A partir dessa premissa, espera-se do Judiciário uma nova postura de adaptação aos novos tempos, que, infelizmente, não vem, porquanto há uma persistência na manutenção das instituições burocráticas. Daí a razão de ser e do crescimento do manejo das tutelas de urgência, as quais atuam como garantia de que o decurso do tempo não torne inviável a prestação jurisdicional.

Ainda não é possível avaliar se esse crescimento é bom ou ruim, se é que algum dia se possa fazer esse tipo de avaliação. Mas o fato é que as inovações no Código de Processo Civil, a repaginação da tutela antecipada são exemplos de que o legislador não está alheio ao problema e tenta buscar possíveis soluções (ainda que paliativas).

2 Processo e Técnica Processual

Superada a fase do tecnicismo da ciência processual do séc. XIX, na qual vigia o “rito pelo rito” e a “forma pela forma”, o processo hoje se apresenta não mais como uma fórmula, apta somente a produzir petições, pareceres a sentenças, mas como um instrumento para o exercício da jurisdição capaz de gerar conhecimento moldar conceitos e proposições.

Desde os primórdios, o conflito permeia a existência da comunidade, exigindo a criação de normas para que a convivência social se tornasse possível, pois “ubi societas, ibi jus”. Essas normas encerram valores e imputam sanções a quem as descumpra, podendo se constituir sob a forma de princípios ou de regras⁴.

O Estado, por sua vez, quando toma para si o controle da jurisdição, o faz para evitar o estado de natureza dos homens (de Hobbes, Locke ou de Rousseau), para tornar a convivência coletiva possível, e não geradora/ agravante do caos social.

Como assevera Grinover:

É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionamento com a pacificação da justiça, que o Estado instituiu o sistema processual, ditando normas a respeito (direito Processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo as despesas e com isso exercendo através deles o seu poder.⁵

Certo é que a partir do momento em que o homem se desvirtua da autotutela, do individualismo egoístico e da própria vingança privada, para ingressar na fase do pacto social, a atividade estatal ganha corpo e se desenvolve, impõe-se sobre a vontade do particular, para que, uma vez autorizado por este, promova a paz social.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p 55.

⁴ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, ADA Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 31

Jurisdição, portanto, nada mais é do que a “atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem conflitos”⁶. A jurisdição se confirma na proteção aos direitos e garantias fundantes da ordem jurídica, já que na visão de San Tiago D’antas “o ordenamento jurídico existe para proteger o lícito e reprimir o ilícito”.

Desta feita, o processo constitui um instrumento de planificação dos conflitos sociais, que se desenvolve num procedimento dialético, assegurado às partes o contraditório e a ampla defesa.

Inúmeras são as teorias desenvolvidas acerca do conceito e natureza jurídica do processo, mas convém ressaltar algumas, como a de Bulow e Fazzalari.

Willis Santiago Guerra Filho, ao propugnar pelo estudo de uma filosofia do direito processual, informa que o conteúdo filosófico do processo é o fato da vida, no qual a filosofia contribui para o esclarecimento de questões a ele ligadas, formando uma “instância crítica a um direito que, cerrado em si mesmo tende à auto-reprodução”⁷.

Em meados do século XIX, na Alemanha, Oskar von Bulow elaborou a Teoria do Processo como relação jurídica, traçando as primeiras linhas sobre a autonomia do Direito Processual frente ao Direito Material, posto que a teoria do processo como contrato e como quase-contrato reuniam-se sob o fundamento de que tinha o direito material, detinha a ação.

Para Bulow, processo é uma relação jurídica porque determina deveres e obrigações para as partes, quando em juízo. Ademais, o processo possui regras especiais e princípios próprios que não guardam vínculo com o direito material.

Para Gonçalves, “o modelo clássico de relação jurídica constitui-se sob a idéia de que ela é um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico”⁸.

Críticas a essa teoria foram tecidas, devido à insuficiência para responder às situações jurídicas que não correspondiam ao vínculo entre sujeitos, o que culminou com o surgimento da proposta de Fazzalari.

Para esse, processo e procedimento não se confundem por que:

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas.”⁹

Contraditório, nesta acepção, é correlato à simétrica paridade de partes ou participação nos atos processuais (atividade que prepara o provimento final). O processo é uma espécie de gênero do procedimento, diferido por esta condição.

Teorias mais modernas, como a de Baracho, Rosemiro Pereira Leal e Andolina, passaram a enxergar essa visão fazzalariana numa perspectiva constitucional. Ítalo Andolina formulou um modelo no qual o processo, feito uma instituição constitucionalizada, agrega os princípios da ampla defesa, do contraditório, isonomia e da reserva legal, convertendo-se em

⁶ Idem. P 29

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do Direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2001

⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001. P 74.

⁹ Idem, p 100.

um direito-garantia de todo cidadão. No Brasil, esse paradigma foi adaptado pelo professor José Alfredo Baracho em sua Teoria Constitucional do Processo. Rosemiro Pereira Leal, por conseguinte, elaborou a proposição neo-institucionalista, na qual o processo, como instituição constitucionalmente criada é auto-indicador de sua principiologia.

Ante essas ponderações dogmáticas, não é forçoso concluir que a natureza do processo vai além da mera técnica para se tornar uma instituição preordenada, hábil a assegurar a observância da lei e, para tanto, devem ser criados tantos atos bastem para alcançar essa finalidade, como bem pensou Buzaid ao elaborar a Exposição de Motivos do CPC.

Assim, para que o processo cumpra sua missão, faz-se necessária a existência de uma técnica processual, criada pelo ordenamento jurídico e trabalhada pelo direito processual, responsável por seu arcabouço teórico.¹⁰

Essa técnica exige, por um lado, a atuação de normas processuais, as quais disciplinam o exercício da jurisdição. Lado outro, agiganta a participação social no processo de formação, aplicação da norma, nas três espécies de processo: jurisdicional, administrativo e legislativo.

Para Gonçalves, a finalidade do processo jurisdicional reside primeiramente na formação do provimento e no seu correto desenvolvimento, posto que a essência do contraditório é a possibilidade das partes constituírem o processo e participar da formação da sentença. Em suma, é a proteção de um direito que se quer assegurar.

Quando, todavia, o processo é dominado pelo formalismo exacerbado o resultado não é outro, senão a ineficácia da prestação jurisdicional, em prejuízo do direito pleiteado. Nasce, então, a necessidade de aplicação das tutelas urgentes.

3 Tutelas Urgentes: tentativa de delimitação.

O processo constitucionalmente garantido tem como premissa não apenas a proteção das partes, mas de si mesmo, como um todo, a fim de que se alcance a justiça, ainda que formal. A tendência das constituições brasileiras vem se firmando no sentido de tornar amplo o acesso ao devido processo legal.

Assim pondera Humberto Theodoro Júnior:

Há um esforço global da Ciência do Processo, no momento, para a facilitação ao extremo do acesso de todos à proteção jurisdicional. A doutrina unânime no sentido de que o processo deve ser barato e célere, dando solução prática aos litígios no mínimo espaço de tempo e com o menor custo possível para os litigantes.¹¹

De fato, uma das inovações da EC nº45/2004 foi trazer ao texto constitucional o mandamento do processo com duração razoável para os litigantes (art. 5º, LXXVIII, CF). Mas esse paradigma jamais pode ser levado ao extremo da inseqüência, pois negligenciar as garantias processuais (arduamente construídas) é um risco que não deve ser admitido. Isso porque são cada vez mais presentes na legislação brasileira mecanismos que visam abreviar os procedimentos, como a Súmula Vinculante, a Sentença Repetitiva (art. 285-A, CPC), Súmula

¹⁰ Idem. P 169

¹¹ THEODORO JR, Humberto. **Direito e Processo: direito processual vivo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. P 103

Impeditiva de Recurso, sob o álibi de “desafogar” um judiciário assoberbado pelo grande volume de processos.

A experiência é clara em dizer que a reforma das leis para diluir a presença do contraditório no feito em nada contribui para a segurança jurídica do tutelado. O próprio Buzaid, quando da exposição dos motivos do CPC, afirma que “o grande mal das reformas parciais é o de transformar do código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções.” (Capítulo 1, item 1).

A solução encontrada pelos operadores do direito foi a utilização das tutelas de urgência, de modo a evitar que a ação do tempo se tornasse de tal modo perniciosa, que de nada valeria o provimento final, eis que o iter percorrido cairia num vácuo econômico.

Para Bedaque¹², a atuação das regras de direito substancial que determinam a efetividade do processo, porque existe um vínculo de instrumentalidade entre direito material, muito embora as teorias retrodiscutidas já tenham celebrado a clássica divisão. É certo que a jurisdição deve assegurar meios substitutivos da autotutela. Assim:

O processo, nessa ordem de idéias, deve amoldar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas proporcionar melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão. O processo tem que estar votado para a efetividade, evitando, quanto possível, o dano ou o agravamento do direito subjetivo.¹³

Esse direito subjetivo violado deve ser reparado pelo processo, o qual, devido aos diversos fatores até agora expostos, é moroso e quase sempre traz prejuízo em razão dessa lentidão. Cabe ao legislador, portanto, oferecer meios para que sejam compensados, senão evitados, os inconvenientes da demora.

Em marcha, nesta árdua tarefa, encontram-se as medidas de urgência. Não é de hoje que o Direito Processual Civil brasileiro tende à criação de mecanismos legais para minorar os riscos da ineficácia, como, por exemplo, os títulos extrajudiciais, as liminares, o julgamento antecipado da lide e a própria tutela antecipada. Constituem tutelas diferenciadas, que formam as tutelas urgentes, porquanto são providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, a fim de evitar a tríade risco-dano-ineficácia.

As Tutelas de Urgência se fazem presentes toda vez que o juiz, visando afastar um dano que pode pôr em xeque a efetividade do processo, aliado ao decurso do tempo, assegura a eficácia do provimento definitivo, por meio da concessão de medida excepcional e provisória, podendo protelar, inclusive, o momento do contraditório. Exemplos dessa atividade são as medidas cautelares e as tutelas antecipatórias do mérito.

O conceito de urgência não está necessariamente vinculado ao periculum in mora, salvo quando se tratar de cautelar. Urgência é risco de embaraço à efetividade da jurisdição, é toda situação onde há:

- (a) Risco ao direito pela sua não fruição imediata
- (b) Risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais
- (c) Risco à regular prestação da tutela jurisdicional, pela indevida oposição de embaraços.¹⁴

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹³ THEODORO JR, Humberto. **Tutela jurisdicional de Urgência**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. P 4.

¹⁴ ZAWASCKI. Antecipação de Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p 30

Assim, as tutelas de urgência apresentam como característica a sumarização do procedimento. È alcançar, muito mais rapidamente a providência, seja através de liminares (inclusive inudita altera parte), seja pela simples cognição sumária, feita por um juízo de probabilidade, próprio das tutelas antecipadas.

Misael Montenegro Filho, em debate travado em uma palestra na capital mineira, bem ressaltou que as medidas de urgência podem consistir em Medidas Cautelares, Antecipações de Tutela e Medidas de Segurança, a depender da qualidade da prova produzida.

Na cautelar, a marca probatória é a sua superficialidade, devido ao fato de que nesse tipo de provimento não há análise de mérito, salvo quando ocorre a hipótese do art. 810, CPC. O que se pretende é assegurar um resultado útil, proteger o processo para que permaneça vivo até o final do curso da ação.

Nas antecipações de tutela, a prova se revela mais robusta, qualitativa, atrelada na verossimilhança da alegação, posto que sua razão de ser é a satisfatividade do direito.

Por fim, nas medidas de segurança não resta dúvida quanto ao conjunto probatório, eis que o direito se levanta líquido e certo para atender a finalidade de obtenção de provimento que reconheça o abuso de poder (art. 5º, LXIX, CF).

As liminares, nesse diapasão, são comumente confundidas com as tutelas de Urgência, o que é um erro. Liminar é uma forma de se obter uma tutela urgente logo no início do processo, antes mesmo do aperfeiçoamento da relação processual com a citação do réu, sem constituir ofensa ao contraditório. Possui como traço elementar a provisoriedade, também extensiva às demais tutelas de Urgência.

È de bom alvitre ressaltar que entre as cautelares e antecipadas existe certa fungibilidade, disposta no art. 273, §7º do CPC, o que revela ainda mais seu caráter de Urgência.

4 Conclusão

Após todo o exposto, a reflexão se impõe. Será que o objetivo primevo das tutelas de urgência era o de servir como remédio heróico ante ao déficit de efetividade no processo jurisdicional brasileiro?

È bem provável que não. As tutelas de Urgência foram concebidas como medidas extremas, o que não condiz com a realidade fática, na qual a banalização da medida de segurança e das antecipadas se tornou corriqueira.

E a responsabilidade se inclina ao legislador que, dada a sua (digamos) “inexperiência”, vem fazendo com que a legislação brasileira se reduza aos frangalhos, com tantas reformas e emendas

Reformar é preciso?

Nem sempre. Se a cada instituto for conferida a destinação para o qual foi criado, não há necessidade. Por obvio, a reforma procura adequar as legislações aos novos tempos, às novas tendências de direito. Mas a solução é criar um modelo principiológico que, independentemente das transformações, possa ser aplicado. Esse é o modelo de constituição que Lassale idealizou: principiológico. O problema reside no excesso, na subversão do sistema, o que, infelizmente, é um problema cultural que demanda ser aos poucos e, persistentemente, modificado.

Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. São Paulo, Malheiros, 1998.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BUZAID, Alfredo. **Exposição de Motivos do CPC**.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, ADA Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do Direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade de vaidade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003. Volume I.
- ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004
- SILVA, Antônio Álvares. **Reforma do Judiciário: uma justiça para o século XXI** Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- THEODORO JR, Humberto. **Direito e Processo: direito processual vivo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997.
- _____, **Curso de Direito Processual Civi. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença. Processo Cautelar e tutelas de Urgência**. Rio de Janeiro: forense, 2006.
- _____, **Tutela jurisdicional de Urgência**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- ZAWASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.