



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

LUCIANA MARTINS DA SILVA

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA
RAZOABILIDADE

SOUSA - PB
2006

LUCIANA MARTINS DA SILVA

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA
RAZOABILIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB
2006

LUCIANA MARTINS DA SILVA

A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em _____

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Giorgia Petrucce Lacerda Silva Abrantes
Orientador(a)

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
Novembro - 2006

Dedico esse trabalho aos meus pais e irmãos, a quem tanto amo e, em especial, à minha mãe Sebastiana, por ter sido a pessoa que mais me apoiou em toda minha jornada distante de casa, possibilitando por meio de seu amor, ensinamento, dedicação e incentivo incondicional o equilíbrio, a tranquilidade e a segurança que eu precisei nesses momentos de minha vida. A todos essas pessoas de grande importância na minha vida manifesto o meu mais sincero amor, respeito e minha irrestrita e profunda admiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor de todo o Universo, que me concedeu a vida e os subsídios necessários para que eu chegasse até aqui. A Ele seja conferida toda honra e glória.

Aos meus pais, Gilvan e Sebastiana, e minhas irmãs Eliana, Ana e Lucila, por todo amor e privilégio que tive por tê-los sempre ao meu lado.

A todas as pessoas especiais, amigas, que passaram em minha vida durante esse período e que, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento e aprendizado como ser humano, além, também, das grandes amigas e companheiras de república e de faculdade (AS MALVADAS). Com certeza, levarei todos na memória e no peito, sempre.

Agradeço, de maneira muito especial, à minha orientadora Giorgia Petrucce Lacerda Silva Abrantes, pela colaboração, dedicação, paciência e incentivo na feitura desse trabalho.

RESUMO

A preocupação com a celeridade processual tem sido uma constante desde os mais remotos tempos, já que a demora no curso do procedimento gera injustiça maior do que a cometida por aquele que resiste injustificadamente à pretensão. Diante da peleja do Estado na busca de mecanismos capazes de efetivar a distribuição de justiça eficiente e satisfativa das expectativas dos seus destinatários (prestação jurisdicional célere) é que surgiu o instituto da Tutela Antecipada, visando conceder aos sujeitos do processo meio capaz de afastar a incidência de danos decorrentes da demora. Recentemente, a emenda constitucional nº 45 trouxe força nova ao instituto, com a inserção do princípio da razoabilidade no combate ao problema da morosidade na Justiça, haja vista que sua observância na aplicação da tutela antecipada representa o cumprimento dos mandamentos propostos através dos princípios norteadores do Direito. O trabalho objetiva, portanto, o estudo da tutela antecipada em seus aspectos gerais e específicos, doutrinários e legais; o exame do princípio da razoabilidade em seu conteúdo material e processual e a investigação acerca da aplicação do referido princípio na concessão de tutela antecipada. Para tanto, a metodologia empregada abarca o uso dos métodos bibliográfico, de estudo comparativo, exegético-jurídico e o histórico-evolutivo e a estrutura da pesquisa, documentada em três capítulos, observa o manejo dos objetivos propostos. A problemática posta, diante do tema escolhido, configura-se da seguinte forma: De que modo a aplicação do princípio da razoabilidade na concessão da tutela antecipada contribui para a solução do problema da morosidade da Justiça? A contribuição dada pelo princípio da razoabilidade é ampla, haja vista que possibilita uma prestação jurisdicional efetiva, célere e, concomitantemente, adequada e conforme diante do pleito do requerente da tutela antecipada. À guisa de resultado, o que se espera é o alcance dos objetivos propostos e a confirmação do problema e hipótese previamente elaborados e, na conclusão, o que se percebe, de antemão, é que a aplicação do princípio da razoabilidade na concessão de tutela antecipada servirá como precursor de uma nova etapa de avanço da técnica processual na realização do direito material, possibilitando a devida satisfação do direito pleiteado em menos tempo. No entanto, a caminhada para a desburocratização dos mecanismos processuais e a sua real aproximação com direito material no caso concreto são ideais a serem perseguidos por toda sociedade, dependentes também da estrutura e aparato suficientes, a serem concedidos ao Poder Judiciário na realização de sua função.

PALAVRAS CHAVES: tutela antecipada – concessão - princípio da razoabilidade – celeridade – decisões judiciais.

ABSTRACT

The concern with the procedural fast has been a constant since the most remote times, since the delay in the course of the procedure generates bigger injustice of what the committed one for that it resists the pretension unjustifiedly. Ahead of the fight of the State in the search of mechanisms capable to accomplish the distribution of efficient and satisfactive justice of the expectations of its addressees (judgement fast) it is that the institute appeared of the Anticipated Guardianship, aiming at to grant to the citizens of the process half capable to move away the incidence from decurrent damages of the delay. Recently, the constitutional emendation nº 45 brought new force to the institute, with the insertion of the principle of the razoability in the combat to the problem of the de layed in Justice, has seen that its observance in the application of the anticipated guardianship represents the fulfilment of the orders considered through the principles north of the Right. The objective work, therefore, the study of the anticipated guardianship in its general and specific, doctrinal and legal aspects; the examination of the principle of the razoability in its material and procedural content and the inquiry concerning the application of the related principle in the concession of anticipated guardianship. For in such a way, the employed methodology accumulates of stocks the use of the methods bibliographical, of comparative, exegético-legal study and the description-evolution and the structure of the research, registered in three chapters, observe the handling of the considered objectives. The problematic ece of fish, ahead of the chosen subject, is configured of the following form: Of that way the application of the principle of the razoability in the concession of the anticipated guardianship contributes for the solution of the problem of the de layed of Justice? The contribution given for the principle of the razoability is ample, has seen that it makes possible an effective judgement, fast e, concomitantly, adjusted and as ahead of the lawsuit of the petitioner of the anticipated guardianship. Like resulted, what one expects is the reach of the considered objectives and the confirmation of the problem and hypothesis previously elaborated e, in the conclusion, what if perceives, of beforehand, is that the application of the principle of the razoability in the concession of anticipated guardianship will serve as precursory of a new stage of advance of the procedural technique in the accomplishment of the material right, making possible the had satisfaction of the right pled in little time. However, walked for the jadoption of a most simple viary of the procedural mechanisms and its real approach with material right in the case concrete they are ideal to be pursued for all society, dependents also of the enough structure and apparatus, to be granted to the Judiciary Power in the accomplishment of its function.

Words-Key: anticipated guardianship. concession. razoability principle. Fast way process . sentences.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPITULO 1 O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA	12
1.1 Evolução histórica da tutela antecipada no Brasil.....	12
1.2 Do conceito à natureza jurídica e previsão legal.....	17
1.3 Sobre os pressupostos, o momento da arguição e as espécies de procedimento em que cabe a tutela antecipada.....	19
1.4 A tutela antecipada, as medidas cautelares e as liminares.....	24
1.5 A tutela antecipada e as inovações trazidas pela Lei n. 10.444/2002	31
CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	35
2.1 Considerações gerais sobre princípio	35
2.2 O processo civil e alguns de seus princípios.	41
2.3 Do princípio da razoabilidade (antecedentes históricos).....	45
2.4 O princípio da razoabilidade no Direito Brasileiro ..	48
2.5 A concretização da razoabilidade com a prestação jurisdicional.....	50
CAPITULO 3 A INSERÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	56
3.1 A razoabilidade e a ponderação nas decisões judiciais.....	56
3.2 O princípio da razoabilidade e sua íntima relação com a celeridade processual.....	59
3.3 O princípio da razoabilidade na concessão da tutela antecipada.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

A busca cada vez maior pela desburocratização do acesso à Justiça vem apontando a necessidade de uma reformulação e adaptação dos instrumentos processuais vigentes para que os mesmos se tornassem mais simples e efetivos, acarretando, assim, uma técnica processual menos formal no que concerne ao seu aspecto burocrático, com um imenso ganho em relação à sua efetividade e utilidade.

Neste sentido, busca-se instrumento processual mais ágil e informal, que traga uma preocupação maior no alcance de um determinado resultado do que na criação de um amontoado de formas técnicas incapazes de fazer valer a premissa de direito material, o que acaba distanciando o processo do fim precípua de sua instituição, como instrumento precursor da justiça, dificultando a consolidação da apropriada prestação jurisdicional realizada pelo Estado.

Diante da constatação da ineficiência das tutelas tradicionais já existentes e na constante procura de meios que pudessem supri-la, e ante a diversidade dos direitos materiais, haja vista que os meios normativos até então utilizados não acobertam todas as situações que acarretem lesão ou ameaça ao direito mostravam-se, muitas vezes, ineficazes, o legislador decidiu a inserir no ordenamento pátrio a tutela antecipada, como forma de se buscar a adequação do direito processual ao direito material que estivesse em situação de premente urgência e em consonância com a necessidade e a realidade a que o caso concreto o impele de maneira eqüitativa, mediante a justa distribuição do tempo dentro do processo.

No que concerne ao direito processual, sabe-se que inúmeros são os princípios que o orientam e que grande influência exercem na aplicação do direito

material. Contudo, na ânsia pelo aperfeiçoamento da ciência jurídica, objetivando sanar problemas da ordem burocrática, o legislador foi impelido, recentemente, a inserir taxativamente o princípio da razoabilidade em disposição expressa na Constituição Federal, mediante a edição da EC/45, trazendo novos ares para o direito processual, reforçando a realização efetiva dos direitos fundamentais de acesso à justiça consubstanciada na Carta Magna, dispondo sobre a razoável duração do processo e os meios necessários que garantam a celeridade na sua tramitação.

Demonstrar-se-á, com a presente pesquisa, que há muito a garantia constitucional de acesso à justiça vem ganhando nova roupagem, mediante o respeito aos princípios constitucionais, trazendo novas interpretações acerca da real dimensão desta garantia na realização do direito através de seus institutos, haja vista que houve uma modificação na observação e cumprimento do preceito legal, já que, outrora, a interpretação tinha cunho estritamente legal, uma vez que não considerava a dimensão dos fatos na realidade social ao contrário acontece na atualidade no que concerne a observância aos princípios basilares do Direito.

O que, alhures, era visto como um mero direito de ir a juízo, passou a ser visto como um direito a receber do Estado uma tutela jurisdicional adequada e efetiva e em tempo hábil.

Face o exposto, advém a necessidade e a importância do estudo desse tema, sendo meta desse trabalho chegar a uma visão mais ampla da atuação desse princípio no instituto da tutela antecipada, a fim de que os estudiosos e operadores possam entendê-lo e aplicá-lo adequadamente, bem como demonstrar que esta representa uma ferramenta hábil na tentativa de oferecer uma prestação jurisdicional rápida e satisfatória o que possibilitará, conseqüentemente, a

atenuação da problemática referente à demora processual. A metodologia aplicada para a realização desse estudo constitui-se em pesquisas bibliográficas, nas quais serão empregados o método exegético-jurídico, e o estudo comparativo para análise interpretativa das preposições legais e doutrinárias concernentes ao tema, bem como o histórico-evolutivo, que objetiva apresentar a evolução do instituto da tutela antecipada no direito brasileiro e sua aplicabilidade legal, a fim de traçar uma visão da influência do princípio da razoabilidade na sua concessão desse instituto.

O presente trabalho está dividido em três capítulos distintos: o primeiro tratará dos aspectos gerais concernentes à tutela antecipada, bem como sua diferenciação das cautelares e liminares; o segundo explanará a influência exercida pelos princípios fundamentais e, especificamente, pelo princípio da razoabilidade para a realização do direito mediante a ponderação dos bens jurídicos conflitantes; e o terceiro reportar-se-á aplicação do princípio da razoabilidade e sua aplicação em decisões judiciais, como também na sua aplicação na concessão do instituto da tutela antecipada, como instrumento viabilizador de uma prestação jurisdicional mais célere.

CAPÍTULO 1 - O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

O universo jurídico não é estático, tampouco se desenvolve alheio aos fatos sociais. O direito nasce em meio à sociedade e adquirindo vida mediante a inserção de normas disciplinadoras de conduta exigidas pela mesma, com o fim de resguardar a paz social.

O ordenamento jurídico, periodicamente, sofre inovações na busca de harmonizar a realização dos negócios jurídicos e regular a forma pacífica de solução dos litígios, ante o interesse público e para o bom funcionamento da justiça.

A concretude do que se assevera é observada diante da preocupação dos processualistas modernos com a eficácia, utilidade e celeridade do procedimento judicial, surgindo em meio aos estudiosos do Direito a certeza de que o formalismo exagerado é um perigoso fator de prejuízo, a incidir no provimento requerido pela parte na busca de seu direito.

O uso da tutela cautelar, com o fim satisfativo aliado ao problema da desnecessária duplicação de procedimentos para obtenção da tutela material e impossibilidade da realização, *a priori*, de parcela do direito evidenciado no curso do processo, conduziu o legislador brasileiro a introduzir no Código de Processo Civil, através da Lei de nº. 8.952 de 13 de dezembro de 1994, a norma que hoje consta do artigo 273 do CPC e dispõe sobre a tutela antecipada.

1.1 Evolução histórica da antecipação da tutela no Brasil

O surgimento da tutela antecipada está intimamente ligado ao nascimento da tutela cautelar, desenvolvida entre os processualistas italianos a partir do início

do século XX, diante dos ensinamentos do professor da Universidade de Roma, Giuseppe Chiovenda.

A doutrina italiana, pois, insiste em buscar na base da ação cautelar inominada o fundamento para a tutela antecipatória. O Código de Processo Civil italiano, nos dias atuais, ainda não foi modificado como o brasileiro e a sua realidade normativa não prevêem uma tutela antecipatória similar àquela que é adotada pelo legislador pátrio. Tal doutrina não admitia que a tutela cautelar pudesse implicar na realização do direito afirmado em juízo. Assim, quando não fosse possível a declaração (coisa julgada material) ou execução (realização forçada) do direito, a tutela somente poderia ser cautelar, pois que era inconcebível a realização do direito antes de conferida às partes ampla possibilidade de participação em contraditório ou de ter sido encontrada pelo juiz a verdade ou proferida sentença no processo de conhecimento. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2004, p.199):

O que se destaca na tutela antecipatória prevista na doutrina italiana é a provisoriedade, e não a função que é desempenhada pela tutela jurisdicional no plano do direito material, ao contrário do que ocorre na legislação processual pátria, em que essa função será o ponto de distinção entre a tutela cautelar e a antecipatória.

Antes da reforma do CPC de 1994, a tutela antecipada era tratada como tutela cautelar inominada, mesmo esta última tendo por fim apenas salvaguardar a viabilidade do processo e sendo utilizada como forma de obtenção de tutela antecipatória, enquanto meio para se chegar à prestação da tutela jurisdicional almejada pelo autor, já que não havia ainda previsão de um instituto que pudesse desempenhar tal função (MARINONI, 1999, p.60).

A ineficiência do antigo procedimento ordinário e a oposição da doutrina e da jurisprudência anteriores ao ano de 1994 à obtenção da antecipação de direito através da ação cautelar fez com que o legislador corrigisse o erro e inserisse a tutela antecipada no artigo 273 do Código Processo Civil (MARINONI, 1999, p.123).

Cabe ressaltar que a concessão da tutela antecipada está sujeita a regime próprio, inconfundível e, em alguns aspectos, mais rigoroso que o das cautelares (que só exige fumaça de bom direito) apesar de que a inserção deste artigo no CPC não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar constante do artigo 804 do CPC (*apud* TEODORO JÚNIOR, 2001, 09).

Art. 804 É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

É de público conhecimento que a prestação da tutela definitiva não é instantânea. Ora, sabe-se que ante o que fora pleiteado em juízo e a sua entrega efetiva constitui-se, em regra, um caminho longo surgindo daí a necessidade de um instituto como o da tutela antecipada, que pudesse dar satisfação ao jurisdicionado, desde que preenchidos os requisitos prescritos em lei.

Inicialmente, era inconcebível a idéia de que a execução pudesse preceder à cognição, contrariando o ponto de vista lógico do que normalmente acontece, ou melhor, não se admitia a possibilidade de realização de um direito antes de sua declaração anterior por um processo de conhecimento. A tutela antecipada, pois, vem a romper com o princípio da *nulla executio sine titulo*, fundamento da separação entre o processo de conhecimento e o de execução e sobre isso dispõe Chiovenda (*apud* MARINONI, 2003, p. 123):

O princípio *nulla executio sine titulo*, como se vê pela lição de Chiovenda, tinha como base à falsa idéia de que um direito somente pode ser realizado após o encontro da “certeza jurídica”, ou após ter sido “declarado”. Essa idéia fora fruto do mito da “busca da verdade”, que com o passar dos anos mostrou-se inconcebível, já que não há como atingir a verdade absoluta, ficando degradada pelo uso da tutela cautelar para a realização antecipada de direitos.

Sendo assim, com a inserção do artigo 273 do CPC houve a previsão legal de antecipação dos atos executivos, de maneira que a prestação dessa tutela ocorre antes ou simultaneamente e não apenas após a tutela de cognição, quebrando o princípio de que não há execução antes de ter sido proferida a sentença de primeiro grau de jurisdição, apesar de anteriormente ser viável a execução da sentença na pendência do recurso, conforme reza o artigo 520 do CPC:

Art. 520 A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença:

I - homologar a divisão ou demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

III - julgar a liquidação de sentença;

IV - decidir o processo cautelar;

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

É de bom alvitre destacar que em meio ao dinamismo da sociedade, desvirtuou-se o que seriam, estritamente, o processo de conhecimento e o de execução para adaptar-se à realidade vigente, acabando por se misturarem as duas espécies de forma a atender aos anseios dos cidadãos.

O professor Ricci (*apud* MARINONI, 2005, p. 205) da Universidade de Milão confere elogios para a maneira como fora disposta e inserida a tutela antecipatória no Brasil:

Estou plenamente convicto de que os provimentos antecipatórios possuem natureza diversa dos provimentos cautelares; e, portanto, não posso olhar com simpatia uma união indiscriminada dos provimentos antecipatórios e dos provimentos cautelares do ponto de vista da disciplina. É, por outro lado, verdadeiro, que a separação teórica entre provimentos antecipatórios e provimentos cautelares nem sempre é advertida na Europa com a mesma precisão com que é advertida na doutrina brasileira. Mas as minhas convicções levam-se a compartilhar, sobre este tema, das orientações da doutrina brasileira.

O instituto da tutela antecipada não revela nenhuma novidade introduzida por força da Lei 8.952/94 (conferindo nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil) e isso pode ser observado em determinadas providências que já eram possíveis no próprio código antes da vigência desta lei, como por exemplo, nos casos de pedido liminar de reintegração de posse presente no artigo 928 do CPC:

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

No entanto, tal instituto traz uma importante inovação, que se consubstancia no inciso II do artigo 273 do CPC, pois que neste não há a exigência da presença do *periculum in mora*, basta apenas que se vislumbre a caracterização de qualquer comportamento reprovável do réu. Destarte, em qualquer processo de conhecimento, seja ordinário ou sumário, será possível a atribuição da antecipação do provimento de mérito.

Há de se deixar claro que a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo no processo. É preciso que os operadores do Direito compreendam o fim buscado por esse instituto e o utilizem de maneira adequada e sem embaraço

já que surgiu para eliminar um mal que já estava instalado e não há como se conceber a efetividade sem risco.

1.2 Do conceito à natureza jurídica e previsão legal

Na concepção de Humberto Theodoro Júnior (2001, p.08) a tutela antecipada constitui-se em provimento que se destina a assegurar ao demandante o efeito jurídico, no todo ou em parte, que se espera seja conseqüência do acolhimento do pedido na sentença de mérito.

A tutela antecipada nada mais é do que o adiantamento dos efeitos da decisão de mérito, pressupondo, destarte, controvérsia acerca do direito material no processo de conhecimento, encontrando-se prevista no CPC em seu artigo 273, incisos I e II, §§ seguintes, desde que presentes os requisitos legais. Daí a razão de se afirmar: antecipar os efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social.

A tutela antecipada, por se tratar de uma espécie de tutela de urgência que supõe a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição, qual seja o risco de dano ao direito ou risco de ineficiência da execução, os obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante, tem como característica primeira a provisoriedade.

A técnica antecipatória como produto da prestação jurisdicional está vinculada, necessariamente, à atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o resultado da atividade prestada, permitindo que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão.

Sobre a natureza jurídica estabeleceu-se um consenso na doutrina de que na tutela antecipatória a natureza é satisfativa, isso é, volta-se à realização da pretensão de direito material do litigante, de maneira nenhuma se confundindo com a meramente cautelar que tem um caráter acautelatório de salvaguarda do bem jurídico pleiteado.

A medida antecipatória é aquela que adianta os efeitos da tutela definitiva, os efeitos antecipáveis são os mesmos que se operariam se o demandado, espontaneamente, se conduzisse segundo o ditame do direito material afirmado pelo autor, ou seja, o que o demandante gostaria de ver consolidado definitivamente, enquanto que a tutela cautelar tem conteúdo próprio, diverso do da tutela definitiva, seu objeto não é satisfazer o direito afirmado, mas promover garantias para sua certificação ou para futura execução forçada (ZAVASCKI, 1997, p. 50 - 51).

Assim tem se entendido, de forma quase unânime, que a natureza jurídica da tutela antecipada nada tem de cautelar, posto que se tratar de adiantamento do provimento que se busca no mérito da causa, isto é, de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional.

Por último tem-se que instituto da tutela antecipada está previsto no ordenamento jurídico no título VII que trata do processo e do procedimento, especificamente no capítulo II das disposições gerais por força do artigo 273 todos no Código de Processo Civil e esse artigo visa conceder aos sujeitos do processo meio capaz de afastar os danos materiais decorrentes da sua demora. Tal artigo reza que:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, totalmente ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

[...]

1.3 Sobre os pressupostos, o momento da arguição e espécies de procedimento em que a tutela antecipada é cabível

Mediante a tutela antecipada o juiz concederá, total ou parcialmente, os efeitos do julgamento de mérito, que só poderiam ser gozados após a finalização do processo cognitivo, sendo proferida uma sentença definitiva.

A melhor doutrina costuma dividir os pressupostos para antecipação da tutela em pressupostos genéricos e pressupostos alternativos. Os primeiros são formados pela prova inequívoca e pela verossimilhança da alegação e são indispensáveis à antecipação da tutela, devido à preocupação do legislador com a restrição a direitos fundamentais. Na conjugação dos pressupostos genéricos de natureza probatória deve estar sempre agregado um dos pressupostos alternativos dos incisos do artigo 273 CPC (I, II) exposto a seguir:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, totalmente ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

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

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

[...]

Diante da leitura do dispositivo pode-se extrair que a tutela antecipada não pode ser concedida *ex officio* pelo juiz, somente a requerimento da parte e observados os seguintes requisitos: prova inequívoca, capaz de fazer com que o juiz se convença da verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e, por último o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A concessão pelo juiz da tutela antecipada dá-se mediante requerimento da parte, desde que o magistrado esteja convencido da verossimilhança da alegação, através de prova inequívoca e dada à existência de um dos incisos do artigo 273 do CPC, sendo imperiosa a conjugação de um dos incisos com o *caput* do aludido artigo para que se tenha o seu deferimento. Ressalte-se que, deferida ou não a tutela antecipatória, o processo terá continuidade até o fim, seguindo os ritos normais.

Outrossim, o legislador refere-se, no *caput* do artigo 273 à parte e não ao autor; sendo assim, estende a possibilidade de requerê-la ao reconvinte, ao substituto processual, ao opoente e ao denunciante (DONIZETTI, 2005, p. 170).

Em relação à prova inequívoca, que é um dos precedentes para a concessão, conforme entendido por Luiz Guilherme Marinoni (2005, p. 209) e outros doutrinadores mencionados em sua obra, consubstancia-se naquela capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, sendo a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como não suficiente para a declaração ou inexistência do direito.

A prova inequívoca deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas. Ora, o que lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta (que sempre será relativa mesmo quando concluída a instrução), mas, prova robusta que aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade, consubstanciando-se em prova suficientemente capaz de levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado.

Tanto a prova inequívoca dos fatos como a verossimilhança quanto ao fundamento do direito alegado, que decorre de relativa certeza quanto à verdade dos fatos terão o *fumus boni iuris* especialmente qualificado: exige-se que os fatos,

examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Trata-se assim, de juízo provisório, nesse sentido, pouco importa se no final do julgamento, encerrado o contraditório, a convicção seja outra. Sobre isso comenta Marinoni (2005, p.210):

Falar que a prova deve formar um juízo de verossimilhança, como preceitua o art. 273, constitui tautologia. Isso porque toda prova, esteja finalizada ou não o procedimento só pode permitir a formação de um "juízo de verossimilhança" quando se parte da concepção de que a verdade é algo absolutamente inatingível. Entretanto, se por "juízo de verossimilhança" deseja-se significar juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes, o mais correto é falar de "juízo-provisório".

Quanto ao momento para a concessão da tutela antecipada não há rigidez, podendo ser requerida na peça inicial, no curso do processo de forma incidental ou em fase recursal, desde que as circunstâncias que a justifiquem estejam presentes. Tendo em vista que no ordenamento processual pátrio não há previsão legal concernente a um momento preclusivo para a antecipação da tutela, podendo, destarte, esta ser concedida a qualquer tempo, inclusive na fase de sentença final bastando para tal a configuração da situação na qual ela se insere e desde que necessária, podendo isto vir a ocorrer tanto durante o curso do processo como depois de produzida determinada prova (*apud* DONIZETTI, 2005, p. 17).

Diante da afirmativa de que não há rigidez quanto ao momento de sua concessão fica evidente que nos casos em que tal tutela é negada em virtude de, naquele momento, não se ter por preenchidos os requisitos (o direito não foi demonstrado como provável para a sua concessão), se mais tarde ficar evidenciada sua necessidade, preenchidos os requisitos legais e persistindo o perigo, nada obsta essa concessão (MARINONI, 2004, p. 215).

No que concerne ao deferimento da tutela antecipada fundada no inciso I do artigo 273, que se baseia em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tem-se que o seu requerimento deverá vir contido na exordial ou durante o próprio curso processual. Já a concessão fundada no inciso II (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), só poderá ser deferida após o oferecimento da contestação, onde se poderá apurar se houve ou não a concretização de tal fato. No curso do processo, então, será deduzida em petição escrita ao juiz da causa, podendo-se, deveras, formular-se tal pedido oralmente, o qual será tomado a termo.

Saliente-se que antes da ouvida do réu poderá a tutela ser concedida quando o caso concreto assim exigir, ou seja, quando o tempo necessário à ouvida do réu puder comprometer a efetividade do direito afirmado e demonstrado como provável. Neste caso o julgador está autorizado a conceder a medida *inaudita altera partis*, desde que aperfeiçoe o contraditório dando-lhe posterior ciência da concessão e possibilidade de manifestação. É o que se depreende da observação das decisões dos tribunais, quando permitem a concessão de liminar sem oitiva da parte contrária (MARINONI, 2004 p. 215).

A concessão de liminar, porém, não pode significar para o réu o que a sua não concessão pode representar para o autor. A demora do processo pode ser sinal de afronta ao princípio da isonomia não só no caso em que o autor espera o despacho do processo sem liminar, mas, também, quando o réu aguarda longamente a solução do conflito com o peso da liminar sobre os ombros, sendo imprescindível a existência do equilíbrio entre o direito de ação e o direito de defesa, não podendo a celeridade processual sacrificar o direito de defesa (*apud* MARIINONI, 1999, p. 239).

Sobre a possibilidade de concessão *inaudita altera partis* discorre Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 13) sobre as tutelas de urgência:

Isso quer dizer que as medidas de tutela de urgência não dependem de discussão e instrução exaurientes mas, por outro lado, não devem eliminar por completo o contraditório. Sempre que possível, então, o réu deverá ter oportunidade de pronunciar-se antes de o juiz decidir pelo cabimento ou não da medida emergencial, seja cautelar, seja antecipatória.

No que concerne à concessão da tutela perante os tribunais, o pedido será dirigido ao relator observando-se, se for o caso, o que dispuserem os respectivos regimentos internos, haja vista que o fundado receio de dano pode surgir em segundo grau de jurisdição e, assim, abre-se o precedente para tal antecipação, desde que preenchidos os pressupostos legais.

Por fim, segundo Zavascki (1999, p.109) antes da sentença, da decisão do juiz que julga o pedido de antecipação da tutela concedendo-a ou não, o recurso cabível será sempre o agravo, tendo em vista que se trata de decisão interlocutória e, neste caso, pela natureza da medida pleiteada o agravo será de instrumento. Para o manejo do agravo sob o regime de retenção carecerá a parte de interesse, já que no julgamento o pronunciamento do tribunal não terá mais utilidade. Considerando que o agravo retido é apreciado quando o tribunal julga a apelação, de escassa utilidade seria o seu exame para deferir ou não o pedido da tutela antecipatória.

A lei não distingue os tipos de ação em que a tutela antecipada pode ser concedida. Destarte, para que o instituto tenha um maior rendimento deve-se primar, em princípio, pela sua aplicação em todas as espécies de processo de conhecimento: condenatório, constitutivo, declaratório, mandamental etc. Além do que, vê-se que este instituto é viável no processo de execução, desde que

preenchidos todos os requisitos e afirma Marinoni (2004, p. 117) “que a tutela antecipada poderá ser concedida em face de qualquer modalidade de sentença”.

No que tange ao procedimento, tem-se que a tutela antecipada poderá ser concedida em qualquer procedimento de conhecimento, seja este ordinário, sumário e até mesmo o adotado nos Juizados Especiais e procedimento especial. Quanto aos demais procedimentos para os quais a lei estabelece alguma modalidade de antecipação da tutela, caberá à doutrina e jurisprudência delinear seus contornos de incidência. Sobre isso, Donizetti (2005, p. 169) assevera que:

A tutela antecipada poderá ser concedida em qualquer procedimento de conhecimento (procedimento ordinário, sumário, adotado nos Juizados Especiais e procedimentos especiais). Evidentemente que não se aplica o disposto no art. 273 aos procedimentos para os quais a lei prevê alguma modalidade de antecipação da tutela, como é o caso das ações possessórias, mandado de segurança, ação civil pública etc. A doutrina e jurisprudência vão incumbir-se de traçar os limites de incidência da tutela antecipada.

Sabe-se que os procedimentos especiais são estruturados em atenção a determinadas peculiaridades do direito substancial. Justifica-se, no entanto, a admissão da tutela antecipatória nesses procedimentos a partir da constatação de que determinados direitos, em regra, não só podem ser evidenciados de plano, ainda que provisoriamente, mas também merecem, por sua importância social, tratamento diferenciado no plano processual. Nesse sentido dispõe Marinoni (2004, p. 213):

Alias justamente porque as várias hipóteses concretas não podem se consideradas de antemão pelo legislador, é que o art. 273 deve incidir supletivamente nos procedimentos especiais, preenchendo os espaços vazios deixados pela impossibilidade da consideração prévia das diversas situações concretas que podem exigir a tutela antecipatória.

1.4 A tutela antecipada, as medidas cautelares e as liminares.

Diante da diversidade dos casos concretos perante o Direito, a celeridade dos procedimentos apresenta-se como um meio de se chegar à realização da justiça, daí vê-se a necessidade da utilização de medidas processuais que possam concretizar esse intento e, dentre dessas medidas podem ser citadas as tutelas de urgência (cautelares e antecipatórias) e liminares.

É costume confundir-se liminar com medidas de urgência e, face a tal confusão, é relevante fazer uma diferenciação entre liminar e cautelar, e também antecipação da tutela.

Sobre o assunto pronuncia-se José Cretella Neto (2002, p. 72):

Liminar é toda providência judicial determinada ou deferida *initio litis*, que pode ocorrer com ou sem a citação daquele contra o qual se efetivará a medida. A dispensa de citação só é admissível quando a ciência do interessado tiver o condão de frustrar decisivamente a tutela pretendida liminarmente ou a eficácia da medida a ser liminarmente deferida. Sendo algo excepcional, violador das garantias amplas do devido processo legal, só regra expressa de lei autoriza postular e deferir algo, liminarmente, num processo.

Adroaldo Furtado Fabrício menciona que na linguagem jurídica usa-se a expressão liminar para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo – *in limine litis* –, valendo dizer que liminar é um provimento judicial emitido no momento mesmo em que o processo se instaura (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 05).

O conteúdo do ato decisório proferido em liminar não tem influência alguma sobre a identificação da liminar como categoria processual, sendo o que irá, realmente, identificá-la será o momento em que o provimento é decretado pelo juiz,

constituindo-se em um critério temporal apenas. Assevera Adroaldo Furtado Fabrício (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 06) que:

Para ter-se como configurada uma liminar, nada importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou de antecipação da apreciação do *meritum causae*.

José Cretella Neto (2002, p. 73) também afirma que existem liminares de direito processual e liminares de direito material. No campo processual, antecipará a providência processual reclamada em definitivo; no campo do direito material, é antecipação da tutela de direito material, como é o caso, por exemplo, das ações possessórias.

Ressalte-se que a concessão da medida liminar não implicará prejulgamento, não garantirá sentença favorável, não afirmará direito; preservará a liminar apenas temporariamente o direito, por meio de suspensão do ato impugnado (PAULO, 2005, p.184).

No que se refere à antecipação da tutela, tem-se que visa à obtenção, pela parte e antes do trânsito em julgado da decisão, dos efeitos de que se revestirá depois de passar em julgado, podendo ser pedida antecipação tanto da tutela material quanto da processual. Se aquilo somente seria deferido com a preclusão máxima e é adiantado, há antecipação da tutela; toda liminar é antecipação de tutela, mas nem toda antecipação de tutela é liminar. (*apud* CRETELLA NETO, 2002, p.73):

Para Adroaldo Furtado Fabrício (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p.08):

Em princípio, as liminares antecipam algum tipo de tutela, que tanto pode atuar no plano de mérito, como no cautelar; mas, nem toda antecipação de tutela se dá em regime de liminar.

Saliente-se que a execução da medida antecipatória tem natureza provisória, correndo por conta e risco do requerente, de quem se poderá exigir caução para garantia de eventuais danos causados ao requerido (ZAVASCKI, 1997, p. 101).

Já quando há referência à cautelar (possibilita condições para garantir a futura execução) tem-se que diante do combate ao perigo de dano grave e, iminente, o processo cautelar corresponde a terreno onde mais se enseja as medias liminares, pois a urgência natural dessa repressão recomenda quase sempre sua adoção em via de liminar que, aqui não é satisfativa em relação ao direito material litigioso; é providência que antecipa na sentença cautelar apenas a medida conservativa. Esse fato contribuiu para a tendência errônea de supor que toda liminar é cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2001, p.8).

Deve a vedação constante no parágrafo 2º ser relativizada, sob pena de eliminar-se, quase por inteiro, o próprio instituto da antecipação. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco e irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará em especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora (apud ZAVASCKI, 1997, p.88).

No que se refere ao despacho do magistrado que nega a liminar, é relevante mencionar que é irrecorrível. Quanto à possibilidade de revogação, o juiz, ao desembargador ou ministro que conceder a liminar poderão revogá-la a qualquer

tempo, desde que se verifique a desnecessidade da medida; e podendo ainda restabelecê-la, se fatos supervenientes indicarem sua conveniência (PAULO, 2005, p.184).

Outro fato importante é a possibilidade de lesão ao princípio do contraditório garantido constitucionalmente, diante da não observância da devida cautela no deferimento da liminar pelo magistrado. Na opinião de José Cretella Neto (2002, p. 78) a autorização para a concessão de liminares, em geral, sem a audiência da parte contrária deveria ser objeto de reexame pelo legislador, no sentido de restringir ao máximo essa prática temerária, pois que o argumento para a concessão dessas medidas deve ser mais criteriosamente sopesado, já que sua adoção indiscriminada porá em risco a credibilidade do Poder Judiciário, violando os direitos daquele que, muitas vezes, é precisamente quem precisa ser amparado.

Mais do que nunca deve haver um cuidado maior em relação à concessão dessas tutelas urgentes mediante liminares, impondo-se ao juiz prover meios adequados à reversibilidade da situação para que a possibilidade dessa reversão não seja apenas formal, mas que se mostre efetiva na realidade fática (por exemplo, exigindo caução pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações). É que não se pode transferir o risco de perigo para o réu, ou seja, nesse caso o perigo não teria sido eliminado, mas apenas deslocado da esfera do autor para o réu.

Por último, deve a concessão de liminar estar sujeita a certos pressupostos legais, os quais obrigam o juiz a seu deferimento, não sendo qualquer motivo fundamento suficiente para tanto no caso concreto (CRETELLA NETO, 2002, p. 111).

Na prática, são inúmeros os casos em que os mecanismos ordinários de prestação da tutela são insuficientes para evitar o comprometimento da eficácia da função jurisdicional, fazendo-se necessária a aplicação de medidas urgentes, sejam acautelatórias (capazes de assegurar o direito à instrumentalidade do processo) como também antecipatórias (para adiantar os provimentos satisfatórios) desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei, ressaltando que ambas as tutelas têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nessa função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente (ZAVASCKI, 1997, p. 68).

Apesar da tutela cautelar e da antecipada guardarem características comuns na sua identidade quanto à função que exercem (fundada no fato de que um provimento jurisdicional prestado tardiamente pode configurar-se em hipótese da mais clara injustiça) diante disto se promove, desde logo, medida para garantir a execução e para antecipar a tutela requerida ou se terá frustrado o futuro da execução e o próprio direito que eventualmente vier a ser reconhecido. No entanto, estas tutelas são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face da autonomia do regime processual e procedimental que lhes foi atribuído pelo legislador (ZAVASCKI, 1997, p. 46).

No que se refere aos aspectos distintivos pode-se citar os seguintes: a cautelar é uma ação autônoma e pode se fazer presente no processo de execução como incidente ou até mesmo na forma preparatória e o deferimento da antecipatória só se admitirá se ocorrer no processo de conhecimento; a tutela cautelar é preventiva tendo como objetivo garantir o resultado útil do processo

principal (portanto, não versa sobre o mérito) enquanto que na tutela antecipatória se realizará de imediato a pretensão (ZAVASCKI, 1997, p. 57).

Outro ponto distintivo que vale a pena ser enfatizado é que na concessão de tutela cautelar é essencial o elemento da urgência; na tutela antecipatória, tendo em vista que o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (referidos no artigo 273, inciso II) nada têm a ver com a questão de urgência, igualmente não figuram no rol de possibilidades que ensejam a tutela cautelar.

O princípio da congruência também pode ser mencionado como outro ponto distintivo entre ambas, já que se consubstancia na vinculação necessária entre o conteúdo do pedido e a sentença, de observância imprescindível para a antecipação da tutela, mas dispensável no que respeita à tutela cautelar onde prevalece o princípio da fungibilidade; outra questão relevante é que a tutela cautelar se finda por intermédio de uma sentença da qual cabe inclusive recurso, diferentemente da tutela antecipatória que é administrada mediante uma decisão interlocutória e resolvida num incidente processual recorrível apenas por meio de agravo de instrumento; por fim, tem-se que na cautelar a providência só dura enquanto dura o processo (artigo 807 do CPC) a tutela antecipada vem a ter, se mantida a decisão, eficácia permanente (ZAVASCKI, 1997, p. 57).

No que tange aos aspectos comuns postos entre a tutela cautelar e a antecipatória, verifica-se que há o caráter de provisoriedade em ambos os institutos, sendo que nenhum deles constitui, condena ou executa; o aspecto sumário da cognição é outro ponto: em ambos os casos o juiz, ao apreciar o pedido, há de levar em conta a aparência, e não a certeza do direito tutelado, visto que se prestigia em ambos os casos o *fumus boni iuris*; prevêm, ainda, a revogabilidade e a modificabilidade dispostas no artigo 273 parágrafo 4º (que trata da tutela antecipada)

e nos artigos 805 e 807 (que trata da tutela cautelar) todos do CPC, objetivando afastar um possível prejuízo ao réu. A justificação prévia também constitui outro ponto comum entre ambos, mesmo que o artigo 273 do CPC nada diga a respeito, no procedimento cautelar existe previsão expressa, já que não há diferença na demonstração do *periculum in mora* nas duas espécies. Dispõe o artigo 804 do CPC que:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torna-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

1.5 A tutela antecipada e as inovações trazidas pela lei nº. 10.444/2002

A Lei n. 8.952/94, que instituiu a tutela antecipada no ordenamento processual civil, representa um avanço, tendo em vista que traça uma sistemática ampla sobre quais os casos em que é cabível distinguindo-a de vez das cautelares. Posteriormente, com o objetivo de adequar-se, cada vez mais, à finalidade da realização de uma prestação jurisdicional efetiva, o artigo 273 sofreu alterações implantadas pela Lei n. 10.444/02, apresentando a seguinte redação:

Art.273 O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz decidirá, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

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

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461- A.

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

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrarem-se incontroversos.

§ 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

O artigo 273, com a nova redação do parágrafo 3º passa a contemplar (por força da remissão ao artigo 461-A, criado a partir da nova lei) além das obrigações de fazer, a ação que tenha por objeto a entrega de coisa. Porém, a inovação de maior destaque relaciona-se com a extensão da aplicação do artigo 461 §§ 4º e 5º do artigo 273, que autoriza a imposição de multa e de medidas coercitivas que se fizerem necessárias ao efetivo cumprimento das obrigações (dar, fazer e não fazer), concedendo, assim, maior eficácia às sentenças liminares e cautelares. Além disso, permanece a remissão ao artigo 588 *caput*, que reza que a execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas dispostas em seus incisos no Código de Processo Civil.

O parágrafo 6º do artigo 273 do CPC fala sobre incontrovérsia, e veio apenas uniformizar o emprego da tutela antecipada nos casos de pedidos cumulados ou parcela deles quando incontroversos, o que já consta no *caput* do artigo 273 (a tutela pode ser concedida total ou parcialmente) e, ademais, já era este o entendimento jurisprudencial. Aqui não há necessidade do concurso do perigo da demora, abuso de defesa e manifesto propósito protelatório do réu e até mesmo prova inequívoca. Não se deve olvidar que, neste caso, a figura do pedido

incontroverso não se identifica com o instituto da revelia; mostrar-se incontroverso o pedido do artigo 273, parágrafo 6º não é sinônimo de reputar-se verdadeiros os fatos por ausência de contestação (artigo 319 do CPC). A consequência da incontrovérsia é a antecipação da tutela; a revelia tem como efeito o julgamento antecipado da lide (artigo 330, II do CPC).

A lei nº 10.444/02 acrescentou, também, o parágrafo 7º ao artigo 273. Nesse caso, o juiz não agirá *ex officio*, dependendo de providência a ser requerida pelo autor, que deverá ter natureza cautelar. Assim, presentes os pressupostos para o deferimento o juiz poderá (e não deverá) conceder a medida pleiteada de forma incidental no feito já ajuizado, pressupondo-se a existência do processo em andamento. Fala-se, em suma, da possibilidade de verdadeira fungibilidade entre os pedidos cautelar e antecipatório, já que o autor não deverá sofrer os rigores de uma inapropriada utilização da técnica processual e, presentes os requisitos da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, o juiz deverá concedê-la.

Quanto à hipótese de fungibilidade de pedidos, convém antes delinear os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência. Em se tratando de tutela antecipada, os requisitos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No que tange à tutela cautelar tem-se que os requisitos necessários para o seu deferimento são apenas dois: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; o primeiro refere-se à aparência do bom direito e o segundo refere-se à temporariedade e indica perigo na demora do provimento jurisdicional. Por isso, pode-se dizer que a tutela cautelar familiariza-se com o processo e não com a realização do direito material.

No que concerne à tutela antecipada, cabe apontar que esta vem carregada de requisitos mais rígidos do que os exigidos para a obtenção da

cautelar, quais sejam: a prova inequívoca, que leva à verossimilhança dos fatos alegados pela parte; o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; a caracterização do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.

A criação do instituto da antecipação da tutela, modificado pela lei nº. 8.952/94 que trouxera nova redação para o artigo 273 do Código de Processo Civil constitui, indubitavelmente, uma das grandes inovações para o processo civil brasileiro, tornando o processo mais célere e efetivo.

CAPITULO 2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A ciência processual fixou os princípios fundamentais nos quais se baseia, dando forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios são comuns a todos os ordenamentos, enquanto outros são próprios e específicos e aplicados apenas em alguns sistemas processuais.

Em face disso, as informações esposadas no capítulo em tela se propõem a tratar da íntima relação existente entre os princípios norteadores do ordenamento jurídico e as regras que nestes se fundamentam, tendo em vista que sempre se deve respeitar os preceitos advindos dessa relação quando na aplicação das normas ao caso concreto, já que estas se propõem a buscar a realização da justiça.

2.1 Considerações gerais sobre princípio

No que tange às acepções do vocábulo tem-se que princípio deriva do grego *αρχή*, equivalente ao latim *principium* (de *princeps*, aquele que ocupa o primeiro); em inglês, *principle*; em francês, *principe*; em alemão *Prinzip* (e também *Grunddsatz*, conforme raiz germânica); em italiano, *principio* (CRETELLA NETO, 2002, p.1).

Princípio pode ser definido como a verdade básica de uma ciência, funcionando como pilares fundamentais da construção de todo o estudo doutrinário. Na acepção jurídica, segundo Clóvis Bevilácqua, princípios gerais do Direito são os elementos fundamentais da cultura jurídica humana de nossos dias (*apud* CRETELLA NETO, 2002 p.14).

Já para J.J Gomes Canotilho, consideram-se princípios jurídicos fundamentais “os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (*apud* CRETELLA NETO, 2002, p.15).

A doutrina estabelece a distinção entre normas que são regras e normas que são princípios, através dela se consegue chegar a uma maior compreensão sobre o real sentido buscado pelo legislador quando elabora uma norma, possibilitando uma melhor interpretação do conteúdo normativo.

As regras e os princípios são tidos como espécies de normas, de modo que a distinção entre eles constitui a distinção entre as espécies de normas. A regra é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada, ao contrário dos princípios, que são genéricos porque comportam uma série indefinida de aplicações. Dessa forma os princípios são considerados os elementos centrais da ordem jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que a adota, sendo a sua característica mais marcante a normatividade, pois que são vistos pela teoria constitucional contemporânea como uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das regras jurídicas.

Para Willis Santiago Guerra Filho (1999, p.36):

Uma das características dos princípios que melhor o distinguem das normas que são regras é sua maior abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de norma jurídica. [...]

As regras trazem a descrição de condutas, enquanto que nos princípios se situam as normas de direitos fundamentais. As regras se fundamentam nos princípios; nestes, há uma referência direta a valores, haja vista o grau incomparavelmente mais alto de generalidade e abstração que possuem para além

da mais geral e abstrata das regras, pois não trazem semelhante descrição de situações jurídicas, mas a prescrição de um valor que adquire validade objetiva, jurídico positiva. Por isso é que é mais fácil, diante da observação de um fato ao qual uma regra se reporta ver se esta foi respeitada ou infringida e, nesse caso, como se poderia ter evitado a violação.

Do conflito de regras resulta uma antinomia (regras contraditórias) a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito em determinado caso concreto (deixando-se de cumpri-la para atender à outra que se entende como correta).

Sobre esse conflito Willis Santiago Guerra Filho faz a seguinte observação (1999 p. 38):

Uma constatação que se faz-se absolutamente necessária, relativa à natureza diversa de regras e princípios, dá-se quando ocorre um choque entre disposições. Assim, caso aconteçam duas regras que disponham diferentemente sobre uma mesma situação ocorre um *excesso normativo*, uma antinomia jurídica, que deve ser afastada com base em critérios que, em geral, são fornecido pelo próprio ordenamento jurídico, para que mantenha-se sua unidade e coerência. Essas, aliás, são exigências que se pode fazer decorrer da própria isonomia, com seu imperativo de que se regule igualmente situações idênticas.

No que tange a colisão existente entre princípios resulta apenas que se privilegie o acatamento de um sem que isso implique no desrespeito completo ao outro. Na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que o segundo prevaleça para que haja a efetiva concretização do fim buscado pelo legislador, quando na elaboração da regras baseadas em princípios fundamentais. Para Guerra Filho (1999, p.38):

Já com os princípios, tudo se passa de modo diferente, pois eles, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica,

considerados de forma abstrata como apresentam-se para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou "compatibilizáveis") uns com os outros. Contudo, ao procurarmos solucionar um caso concreto, que não é resolvido de modo satisfatório aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo dos princípios envolvidos no caso, logo percebe-se que esses princípios acham-se em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um deles (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenha íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancialmente, em sua eficácia.

A natureza diferenciada dos princípios e regras é que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional, buscando-se o maior benefício possível com um mínimo de sacrifício necessário dos membros da sociedade, mediante a procura pela real motivação do legislador quando da elaboração das leis inspiradas em princípios do direito, servindo esses, ao mesmo tempo como fonte de integração da norma (como direito positivo que esta é) e seu critério legitimador, ou seja, expressão de sua legitimidade e aceitação moral, como regra de conduta social. Para José Cretella Neto (2002, P. 25):

Tendo em vista que no Direito, são vigas-mestras que sustentam a estrutura organizacional e operativa do sistema jurídico, atuando também como elo de ligação entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, possibilitando a regulamentação harmônica e equânime da sociedade. Seu emprego permite, por um lado, a elaboração de leis que reflitam a idéia daquilo que, em determinado momento histórico, a sociedade considere como "socialmente justo"; e por outro, permite-se a aplicação dessas leis aos conflitos de interesse, de forma a efetivar o direito, mediante a adequada interpretação da *mens legis*.

No tocante à natureza jurídica, observa-se que os direitos fundamentais do homem consubstanciam normas-princípios positivas de índole constitucional, tendo

em vista que este conjunto de direito, ao longo da história da humanidade, vem se inserindo nas Constituições dos Estados.

No ordenamento brasileiro pode-se dizer que os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal são vinculantes por terem aplicação imediata, haja vista que o parágrafo 1º do artigo 5º dispõe que as normas disciplinadoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, servindo como fundamento para toda a ordem jurídica e para o estabelecimento de regras que permitam, pelo menos em tese, a existência e efetividade do processo justo direcionado a solucionar os conflitos de interesses. A realização ou concretização dos mandamentos constitucionais decorrerá de sua aplicação, resultante de um processo que tende à natureza de um processo constitucional mediante o respeito dos direitos fundamentais.

Os direitos individuais constituem espécie dos direitos fundamentais, e na Constituição Federal encontram-se enunciados, expressamente, no *caput* do artigo 5º: Desse modo:

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

Os direitos fundamentais do homem foram enunciados, em primeiro plano, nas declarações de direitos decorrentes de movimentos sociais, organizados com a finalidade de limitar o poder autoritário do Estado e instaurar princípios democráticos, diante da necessidade de limitação do poder estatal, principalmente no que diz respeito à sua ingerência no âmbito dos direitos individuais dos cidadãos. Nesse sentido, merecem registro as seguintes declarações: Magna Carta

(1215-1225) elaborada na Inglaterra; a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) nos Estados Unidos da América; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) na França; a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) - Criação da ONU; o Pacto de São José da Costa Rica – (1969) entre outros observados no decorrer da história.

Os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também outra objetiva, daí se falar em duplo caráter objetivo, no sentido de que os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado, que os consagra, deve organizar-se e atuar.

Ao tempo em que representam elementos essenciais de uma ordem jurídica vigente, tais direitos ultrapassam o próprio sistema jurídico nacional de que fazem parte. Porém, nem todos os princípios comuns aos sistemas jurídicos são possíveis de aplicação na ordem internacional, e assim, só poderão ser efetivados após o devido processo de abstração e generalização que só terá sucesso se as necessidades que o baseiam se configurarem no plano internacional mediante Convenções entres países.

Nesse contexto pronúncia-se Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p.51):

O estudo comparado das tendências evolutivas do processo tem apontado uma orientação comum que inspira todos os ordenamentos do mundo ocidental, mostrando uma tendência centrípeta de unificação que parece ser o reflexo daquelas normas ideais, a imprimirem uma comum ideologia mesmo a sistemas processuais de diferente matriz (v.g., os países do *common law* ao ligados à tradição jurídica romano-germânica).

Em face disso a Constituição Federal, adotando uma tendência moderna de constitucionalização do processo e de sua consideração como uma garantia fundamental do cidadão, pela primeira vez houve por bem incluir em seu bojo uma

série de princípios basilares da ciência processual. Vê-se, destarte, que há uma íntima ligação entre os direitos fundamentais e os princípios.

Para José Cretella Neto (*apud* 2002, p. 37) afirmar que:

As regras existentes na Constituição federal, que enunciaram os princípios processuais, destinam-se a estabelecer garantias para o processo, e não estão limitadas aos diversos incisos do art. 5º; também no capítulo reservado ao Poder Judiciário encontram-se inúmeros dispositivos relacionados diretamente com o bom desenvolvimento do processo, tais como as garantias asseguradas aos juízes e aos tribunais (arts. 95 e 96), bem como o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art.93), que constituem importantes instrumentos assecuratórios da efetividade da função jurisdicional.

2. 2 O processo civil e alguns de seus princípios

No Código de Processo Civil pátrio (apesar de não haver referência expressa em seu texto) tem-se que o devido processo legal, por exemplo, é princípio informativo que abrange e incorpora todos os demais princípios a serem estudados e funciona, juntamente como o contraditório, ampla defesa e imparcialidade, como o sistema de garantias processuais básicas de uma sociedade justa e democrática. Observa-se que, inicialmente, tratava-se de uma garantia voltada apenas para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo.

Para José Cretella Neto (*apud* 2002, p. 40) assevera que:

Nosso Código de Processo Civil não emprega nenhuma vez a expressão devido processo legal, talvez porque, por sua relevância, já que designa um dos pilares da Democracia, exercida onde vigora o Estado de Direito, tenha o legislador considerado mais adequada sua localização nos textos constitucionais do que nos de natureza processual; tem, na verdade, dimensão que ultrapassa amplamente

os limites dos fenômenos processuais abrangendo atos e atividades políticas em geral.

Aponte-se, deveras, que nem todos os princípios do processo civil encontram-se sequer previstos expressamente na Constituição Federal. Como exemplo claro do exposto pode-se citar o princípio da proporcionalidade, que não está previsto expressamente na Constituição Brasileira. No entanto, o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, dispondo que “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrente do regime e dos princípios por ela adotados”, faz confirmar que o fato de não estarem explícitos não impede que se lhes reconheça o vigor ao invocar o disposto nesse artigo. Isso acontece porque o direito em si transcende a mera soma das normas inseridas na ordem jurídica objetiva (GUERRA FILHO, 1999, p. 44).

Tem-se que o Estado, para desempenhar sua atividade jurisdicional utiliza-se de meios instrumentais através dos quais busca a concretização do direito mediante a apuração da verdade na esfera processual; tais instrumentos são o suporte do direito processual, seja qual for o seu âmbito de atuação. É mediante o direito processual que a norma jurídica emanada do direito material encontra a sua realização prática, saindo da abstração para o plano concreto com o fim obter a satisfação efetiva do direito pleiteado nas contendas, visando atingir a meta almejada pelo Estado no que se refere à administração da justiça.

Assim, para que haja o regular funcionamento do exercício jurisdicional, faz-se necessária à observância de alguns princípios processuais que irão nortear e impor condições satisfatórias para o apropriado funcionamento dessa atividade monopolizada pelo Estado. Tais princípios, que irão consubstanciar-se em verdadeiros requisitos de validade e aprimoramento da atividade processual, são

classificados, doutrinariamente, em duas categorias: princípios informativos, os quais, na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, são “normais ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual; e princípios gerais, cujos preceitos ideais emanam dos primeiros, que lhes servem de fontes. Estes, com aqueles são, pois indispensáveis ao aperfeiçoamento do processo” (*apud* SILVA, 1997, p. 31).

Seguindo os ensinamentos do jurista italiano Mancini, a doutrina processual extraiu a classificação dos princípios informativos do direito processual em: princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procura e descoberta da verdade para evitar o erro); princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); e princípio econômico (processo acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração) como apresentado por Silva (1997, p. 31).

Sendo os princípios gerais emanações dos princípios informativos, dispondo estes últimos de um forte conteúdo inspirado em aspirações éticas, morais, políticas e sociais do sistema processual, pode-se citar como princípios gerais os seguintes: princípio da imparcialidade do juiz (de caráter inseparável da atividade jurisdicional, onde o juiz coloca-se entre as partes e acima delas e constituindo-se em condição primária para que possa exercer sua função dentro do processo); princípio da igualdade ou da isonomia processual (que proporciona às partes da relação processual igualdade de oportunidade e de tratamento, disposto no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal); princípio do contraditório e da ampla defesa (pelo que ao réu é assegurado amplo direito de defesa, imprescindível depois da ciência dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário e isso corresponde

ao contraditório), como mencionado por Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p.50 - 57).

Há ainda, outros princípios que se somam a esses, tais como o da ação ou da demanda (já que a jurisdição é inerte, caberá à parte recorrer ao Estado mediante provocação do exercício da função jurisdicional); princípio da disponibilidade e da indisponibilidade (refere-se à faculdade que é conferida a cada cidadão de exercer ou não seu direito de ação, sem coação alguma ou constrangimento); princípio do impulso oficial (pelo qual, instaurado o processo, parte do seu desenvolvimento ocorrerá através da atividade regular realizada pelo órgão jurisdicional no comando das fases do processo); princípio do livre convencimento do juiz ou persuasão racional do juiz (que deve livremente apreciar e avaliar as provas existentes nos autos sem que haja nenhuma influência na sua concepção quando da elaboração de sua decisão, estando isento de qualquer tipo de coação); princípio da publicidade (se constitui em dar aos atos processuais a devida publicidade, garantindo assim, uma maior segurança na prática dos trabalhos processuais etc) como cita Silva (1997, p.38-50).

Atrelados a esses princípios todos existem outros tantos não menos importantes que os referenciados, porém, entende-se que, por ora, basta apenas citá-los a título de exemplificação, como é o caso dos princípios da oralidade, da motivação das decisões judiciais, da lealdade processual, da economia e instrumentalidade das formas e do duplo grau de jurisdição.

Por fim, ao lado dos princípios comuns a todos os ramos do Direito, também o Processo Civil é orientado por ditames próprios. É de se asseverar que esses demais princípios próprios do processo civil comportam regulação em

legislação específica, servindo mais como forma de distinção do processo civil diante dos demais ramos da ciência processual.

1.4 Do princípio da razoabilidade (antecedentes históricos)

Diante da inserção do princípio da razoabilidade como fundamento de decisões judiciais, revela-se de grande importância seu estudo em amíudes, sendo imprescindível a busca de suas raízes históricas.

Apesar do princípio da razoabilidade não constar da grande maioria dos ordenamentos jurídicos, ganhou importância nos países ocidentais (como no Brasil) influenciados pelos Estados Unidos, que o reconhecem expressamente através das emendas números 05 e 14 à Constituição Federal.

O referido princípio é citado no famoso romance kafkaniano (1998), escrito por volta de 1914, obra-prima do gênio de Kafka que, em resumo, conta a história de Josef K., protagonista de O Processo submetido a um procedimento judicial que, em sua essência, carecia de razoabilidade, de racionalidade e, precipuamente, de transparência já que o réu desconhecia as razões da acusação e quem o acusara, sabendo apenas de sua existência, mas não do conteúdo e necessitando de um processo legal, justo e conhecido previamente, *on line*¹.

Vale registrar que a utilização da razoabilidade somente era admitida para correção dos defeitos de ordem processual (*procedural due process*) e, de qualquer forma, não era permitido ao Poder Judiciário investigar os critérios de atuação do Poder Legislativo, exatamente pela forte concepção da separação e autonomia dos

¹ Disponível em: www.pucrio.br/sobrepu/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html

poderes. Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo.

O fiel cumprimento do princípio do devido processo legal tem reflexos diretos na teoria constitucional, sendo de grande importância, para que isso efetivamente ocorra a observância do princípio de razoabilidade, pois este último tem sido um instrumento para o desenvolvimento de uma interpretação progressista do texto constitucional, sendo utilizado, destarte, nas decisões prolatadas pela imensa maioria dos juízos e tribunais pátrios.

É de ver-se que diversas são as oportunidades em que a jurisprudência e doutrina utilizam os termos razoabilidade e proporcionalidade indistintamente. Embora esta imprecisão terminológica possa trazer algum prejuízo aos mais adeptos da rigidez acadêmica, nota-se que em todas as oportunidades em que se referênciam os mesmos é sempre em consonância com seus objetivos e conteúdo que, de uma forma ou de outra, procuram garantir os direitos do cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal *on line*²

Outrossim, a gênese e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontram-se intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa. O princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade, visando a inserção de mecanismos que pudessem controlar a atuação do Poder Executivo no exercício de suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder. O desenvolvimento da idéia de proporcionalidade em âmbito constitucional, no tocante aos direitos fundamentais, fora idealizado pelos alemães tendo em vista

² Disponível em: Ibid

que no Tribunal Constitucional Alemão, no período da segunda pós-guerra, deu-se a sua utilização para fundamentar as decisões (GUERRA FILHO, 1999, p. 43).

Para encontrar resposta adequada para o grande dilema de interpretação representado pelo conflito entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, aos quais se deve igual obediência, por possuírem mesmo grau hierárquico, a doutrina tem se valido do princípio da proporcionalidade.

A doutrina brasileira acostou-se ao conhecimento jurídico produzido na Alemanha adotando o princípio da proporcionalidade com as seguintes características: 1) adequação ou conformidade de meios; 2) necessidade ou exigibilidade; 3) proporcionalidade em sentido estrito.

A doutrina tem reconhecido que o princípio da proporcionalidade se desdobra em alguns subprincípios, quais sejam: adequação (exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução); necessidade (a medida restritiva de direitos há de ser indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido, cabendo examinar se não é possível adotar outra medida menos nociva para atingir o mesmo objetivo); e proporcionalidade em sentido estrito (diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico) segundo mencionado por Paulo (2005, P.120).

A doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas proporcionalidade e proibição de excesso. Os americanos são mais caros ao uso do termo razoabilidade, o qual, nada obstante, é também usado

ambos em certas ocasiões com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se completem, *on line*³.

2.4 O princípio da razoabilidade no direito brasileiro

No âmbito internacional, a prestação jurisdicional conferida dentro de um prazo razoável e efetivo já vinha prevista como sendo direito fundamental do ser humano ,(dentro de outros dispositivos) e suas raízes encontram-se no sistema jurídico norte-americano achando-se expressamente previstas nas emendas n.º.s 4 e 14 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que preceitua, em seu artigo 8º, de plena vigência no território brasileiro em face do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)”. A Convenção Europeia para os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais também dispunha desse princípio quando elegia em seu art. 6º, parágrafo 1º que toda “pessoa tem direito a uma audiência eqüitativa e pública, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial” (MARINONI, 2004, p. 66).

No direito brasileiro, antes da inserção da emenda constitucional n.º. 45 (que trata da chamada Reforma do Judiciário) o princípio da razoabilidade achava-se de forma implícita no texto constitucional, assegurando aos jurisdicionados o direito ao devido processo legal (artigo 5º, LIV) também conhecido como *due process of law*. Esta emenda erigiu à categoria de princípio constitucional explícito a razoabilidade porque, até então, dizia-se que este era um princípio de cunho meramente doutrinário.

³ Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html

Alexandre de Moraes (2006, p.94) Sic:

Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art.37, *caput*)

O Estado Democrático de Direito brasileiro assegurou a todos o devido processo legal como direito fundamental (CF/88, art. 5º, LIV). No entanto, essa garantia do devido processo legal não é única que a ordem constitucional previu para a situação daqueles que tenham de sujeitar-se à tutela jurisdicional no resguardo e satisfação de seus direitos lesados ou ameaçados. Antes mesmo de cuidar da forma de atuar em juízo, a Carta Magna estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída à apreciação e solução do Poder Judiciário (CF/88, artigo 5º, XXXV) (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 11).

A Constituição da República, com a Emenda Constitucional nº. 45, veio consagrar o princípio da razoabilidade como um colorário dos julgamentos do Poder Judiciário, dispondo expressamente em seu artigo 5º, LXXVIII que, no âmbito judicial e administrativo, todos têm o direito a uma razoável duração do processo e, para isso, terão assegurados os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Sendo a partir daí utilizada a razoabilidade não apenas para a concessão do direito à regularidade processual, mas, também, dos meios e fim utilizados pelo legislador.

A importância do devido processo legal, consubstanciado no sentido da razoabilidade, reside no fato de que ele assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias; que o processo de tomada de

decisão pelo Poder Público não seja um procedimento Kafkaniano, mas, um meio de afirmação da própria legitimidade perante o indivíduo. Esta garantia não é assegurada apenas aos brasileiros natos ou naturalizados e estrangeiros residentes no país. Corroborando com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e a doutrina, a interpretação do *caput* do artigo 5º da CF/88, que proclama a igualdade de todos perante a lei, é aqui tomada por analogia, abarcando os estrangeiros que estejam aqui de passagem, os apátridas e as pessoas jurídicas (LENZA, 2005, p. 496).

2.5 A concretização da razoabilidade na prestação jurisdicional

Nessa seara pode-se afirmar que uma das premissas básicas da boa prestação jurisdicional está relacionada com a razoabilidade das ações dos diversos componentes da estrutura jurídica, pois que os advogados, membros do Ministério Público e magistrados se devem respeito mútuo. A atuação de cada qual há de estar voltada à atenção ao desempenho profissional do homem médio e, portanto, de boa-fé.

Para que se tenha uma maior compreensão sobre o significado etimologicamente o vocábulo razoabilidade, vê-se que Aurélio Buarque de Holanda Ferreira admite-lhe cinco acepções: a) conforme a razão, racionável; b) moderado, comedido - como um preço razoável; c) acima de medíocre, aceitável, regular - uma atuação razoável; d) justo, legítimo -uma queixa razoável; e e) ponderado, sensato”.

Ora, sob qualquer perspectiva em que se analisem as acepções assinaladas para o termo razoabilidade, vê-se que jamais poderá ser invocado como instrumento legitimador da demora na prestação jurisdicional, pelo que as

deficiências operacionais do Poder Judiciário poderão militar em desfavor do jurisdicionado, muito mais, se legitimadas por uma pueril invocação de tal princípio.

A razoabilidade se refere à legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado atuará, e a proporcionalidade verifica se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos. O Estado deve justificar racionalmente sua atuação, enquadrando-a no conjunto de regras e princípios albergados pela Constituição Federal, como imprescindível derivação do princípio do devido processo. A proporcionalidade vai mais adiante, indagando se o ato é adequado e necessário à finalidade e ao objetivo, além de verificar, no cotejo entre os bens, direitos ou interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deverá prevalecer no caso concreto, portanto, diferentemente da razoabilidade, sempre haverá duas grandezas em relação aos bens, direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

Em virtude da sua pluralidade de significado e sentido, o princípio da proporcionalidade, muitas vezes, é utilizado pelo Poder Judiciário em suas decisões como sendo razoabilidade, igualdade entre outros. Deve-se, contudo, precisar sua definição e aplicação, para que não se recorra a este princípio de forma desnecessária, vez que se tem outros princípios já dispostos na Constituição Federal, tais como o da igualdade, o do devido processo legal e outras formas clássicas de interpretação.

Ademais, é cediço que o Direito advém dos fatos sociais e a eles é direcionado, contudo, diante da diversidade das relações jurídicas haverá casos, e esses certamente são extremos, em que o conflito entre a segurança e a efetividade jurídica é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a sobrevivência de um importará o sacrifício completo do outro. Cita-se como

exemplo a ação declaratória, na qual se questiona o ato de tombamento e negativa para demolição; a prudência recomenda não antecipar os efeitos da decisão final, mas, solução diversa poderá ser dada se o imóvel, em razão do perigo de desmoronamento, acarretar grave risco para a vizinhança (DONIZETTI, 2005, p.164).

A aferição do conteúdo da valoração dos bens postos em conflito transcende o caráter econômico e chega aos valores morais que, em determinado momento histórico, a sociedade considera essenciais para a sua existência e desenvolvimento, valores estes que se baseiam tanto em princípios jurídicos como de outra órbita de atuação social.

Dentro desta moldura argumentativa é inquestionável que a tutela antecipatória se constitui em um instituto processual de risco e, por isso, clama por sensatez na sua utilização. Porém, a prudência não poderá jamais ser sinônimo de temor ou de insegurança, o seu redobramento na conduta do juiz, através da ponderação adequada dos bens e valores colidentes, se dá com o fim de tornar a decisão favorável àqueles que puderem ser considerados prevalecentes à luz do Direito em cada caso concreto.

Uma outra observação deve ser feita em relação ao fato de que a irreversibilidade da tutela antecipada não pode ser confundida com a satisfatividade buscada, haja vista que todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas e permitem a fruição, ao menos em parte, do bem pretendido pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter conseqüências reversíveis ou irreversíveis no plano dos fatos, sendo reversível quando for permitida a recomposição fática integral anterior ao seu deferimento e irreversível quando isso

não for possível. No entanto, vele ressaltar que a decisão é sempre irreversível diante das conseqüências fáticas decorrentes de seu cumprimento.

Sobre a reversibilidade, cabe ainda ressaltar que deve ser aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação da tutela ocorre. Sendo assim, não justifica a medida excepcional do artigo 273, parágrafo 2º a vaga possibilidade da parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele que se beneficiar com a tutela antecipada.

Nos casos de urgência urgentíssima, entretantes, o julgador é posto diante da alternativa de prover ou ver perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável ou com prova de simples verossimilhança. No que se relaciona com a questão de alimentos provisionais, por exemplo, tem-se que: não assume natureza cautelar quando não decorre de uma necessidade emergencial, tanto que a própria lei de alimentos prevê que o alimentando pode dispensar a fixação dos alimentos provisórios (que diferem dos alimentos provisionais - obtidos mediante cautelar) porque esses visam atender a situações emergenciais, não dispensando a alegação de perigo de dano irreparável.

No que tange aos alimentos provisionais e outras medidas tutelares, no âmbito do Direito de Família, o seu caráter provisório nunca se apresentara como impedimento para que fossem tomadas providências satisfativas de natureza irreversível. A inobservância à regra da irreversibilidade, em casos especiais, se justifica devido à necessidade latente do direito reclamado no caso *sub judice*, pena de ver-se perecer, parcial ou totalmente, o objeto buscado ao final da demanda. Saliente-se que a insatisfação do direito material da parte é dano imediato que o adversário já lhe impõe, e que ao processo corresponde a tarefa de repará-lo,

sendo injusto que se tenha de amargar, além desse, outro dano, decorrente da inconveniência gerada pela demora de ordem processual (ZAVASCKI, 1997, p.53).

Fala-se, a propósito dessa eventualidade periculosa, em dano marginal como sendo aquele que sobrevém ao descumprimento do dever jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela duração do processo e, nesse caso, cabe ao legislador compensar o inconveniente suportado pelo autor quando há a demora da obtenção da tutela jurisdicional pretendida. Sendo assim, tem-se que a legislação processual deve ser interpretada pela perspectiva da garantia constitucional, para que seja, então, extraída tutela jurisdicional adequada à realização do direito de acesso à justiça fidedignamente, pois garantir às pessoas a tutela jurisdicional e prestar-lhes tutela inefetiva e ineficaz é quase o mesmo que não prestar a tutela. Por isso, houve uma tendência nos últimos 30 anos de se criar meios para que o processo possa gerar resultados mais rápidos e satisfatórios.

Não obstante já tenham sido feitos inúmeros progressos legislativos no sentido de buscar mecanismos para amenizar a influência do tempo na realização do direito, a produção dos seus efeitos deve ser objeto de dedicada interpretação pelos magistrados acerca dos bens e valores em conflito, mediante a observância dos princípios norteadores de todo ordenamento jurídico. Diante disto, pode-se dizer que constitui um avanço a inserção do princípio da razoabilidade, inspirando decisões dos magistrados perante casos concretos que versem sobre tutela antecipada ou não, haja vista que a sua observância e respeito possibilita maior agilidade nos atos dentro do processo, configurando a realização concreta de um processo constitucional efetivado através das garantias fundamentais eleitas no rol de todo o ordenamento jurídico, sobretudo presentes na Constituição Federal. Segundo dispõe Alexandre de Moraes (2006, p. 94):

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos à partes, sem contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

Por fim, certamente ainda se pode caminhar um pouco mais além, rumo a um processo justo e célere, que possa abarcar disposições legais eficientes, eficazes e necessárias, respeitando as peculiaridades nos casos concretos e assim, conseqüentemente, implicando na realização do importante preceito constitucional da dignidade humana mediante a utilização, na prática, de procedimentos compostos somente dos atos processuais absolutamente indispensáveis à tutela de direitos.

CAPÍTULO 3 A INSERÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA TUTELA ANTECIPADA

Sabe-se que o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal passou a vigorar com a seguinte redação: "... a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Isso vem demonstrar a intenção cabal do constituinte derivado de ratificar a extensão da celeridade no âmbito judicial, na condição de garantia fundamental do bom recebimento da prestação jurisdicional, de aplicabilidade imediata.

Não há dúvida de que os processos judiciais são demorados, constituindo verdadeira negação de justiça e ensejando, em alguns casos, a realização da chamada justiça privada, ou seja, pela própria vítima descrente do Poder Judiciário. Em face da inobservância do prazo razoável na duração do processo, faz-se necessária a busca e adoção de normas e procedimentos que possam fazer com que haja a devida prestação jurisdicional em tempo hábil, o que pode ser vislumbrado na concessão da tutela antecipada mediante o auxílio do princípio da razoabilidade.

Outrossim, cumpre destacar que as constituições traduzem-se, comumente, em um longo elenco de propósitos e finalidades, mas, na maioria das vezes, são breves na explicitação dos meios a serem utilizados para tais fins.

3.1 A razoabilidade e a ponderação nas decisões judiciais

É certo que o Direito se realiza mediante a Jurisdição, cujo fim é o de solucionar os conflitos de interesses advindos não apenas da seara particular, mas envolvendo o todo e abarcando as relações tanto no âmbito privado quanto no público. A solução destes conflitos de modo equitativo repousa nos princípios, enquanto instrumentos de fundamentação das decisões proferidas pelo órgão judicante.

A busca de realização da justiça, abarcada pelo processo hermenêutico posto entre a lei e os princípios na solução das lides, revela a necessidade de ponderação dos interesses das partes no caso concreto, de maneira que se tenha, ao final, uma decisão pautada nos pilares de justiça e objetivando o maior benefício com um mínimo de sacrifício para as partes envolvidas, tudo de acordo com o dinamismo social.

A ponderação, assim, é técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos entre normas que não se resolveram pelos elementos clássicos de hermenêutica jurídica ou através da semântica, da lógica e da moderna hermenêutica constitucional (que traduz os princípios de interpretação propriamente constitucionais) ou pela interpretação orientada pelos princípios.

Os vários interesses em oposição e as normas que os legitimam juridicamente devem ser identificados e reunidos em função das soluções que indiquem, e dimensionados de acordo com as características do caso concreto e o enquadramento nos elementos normativos.

Destarte, quando da existência de incongruências entre os direitos fundamentais impõem-se um juízo de ponderação dos bens ou direitos envolvidos para se obter uma concordância prática entre eles, sendo a concordância prática uma maneira de concretização das normas de direitos fundamentais.

A razoabilidade oferece ao operador do direito uma substância lógica e coerente do sistema jurídico, implicando na determinação das prioridades e finalidades passíveis de serem compreendidas e ordenadas e reforçando o movimento, atualização e aperfeiçoamento do próprio Poder Judiciário e do Estado Democrático de Direito. E em razão da sua vasta utilização nos mais variados campos do Direito, vem-se demonstrando que a razoabilidade comporta ainda um outro elemento que a caracteriza, qual seja, a subjetividade.

De início, tem-se que o princípio da razoabilidade, revelando-se como instrumento de intensa produtividade para o desenvolvimento de uma interpretação progressista do texto constitucional e inibidor de decisões arbitrárias perpetradas pelo Poder Público implica, necessariamente, numa maior reserva diante da interpretação também das normas ordinárias, dada a sua aplicação mediante atividade de ponderação que deverá, regularmente, ser desenvolvida pelo magistrado. Apreende-se a razoabilidade no sentido de ser utilizada pelo operador do Direito como forma de buscar a perfeita adequação, a idoneidade, a lógica, a prudência e a moderação no ato de interpretar as normas, buscando extirpar distorções, anomalias e absurdos decorrentes do arbítrio e afastando qualquer abuso do poder do magistrado.

A aplicação do princípio da razoabilidade em uma decisão judicial no caso concreto coloca-se, como informa Inocêncio Mártires Coelho, Prof. da UNB, frente às "idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins", o que significa dizer que o que pode ser razoável para um poderá não ser para outro. Tanto é verdade que existem decisões judiciais contraditórias sobre o mesmo assunto, as quais, inclusive, são valorizadas pelo próprio Poder Judiciário, que as coloca como condição de

admissibilidade de recursos às Cortes Superiores, sofrendo influência até dos costumes, *on line*⁴.

3.2 O princípio da razoabilidade e sua íntima relação com a celeridade processual

A morosidade da Justiça é fato inconteste e o principal alvo de críticas do corpo social. Pensando em modificar essa realidade é que nosso legislador incluiu na lei processual civil diversos institutos inovadores que, se forem bem utilizados, decerto que trarão efetividade ao processo.

Na dicção do inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88 sugerem-se duas garantias fundamentais distintas, sendo asseguradas, de um lado a razoabilidade da duração do processo e, do outro, a celeridade na tramitação do processo. Uma duração razoável não é, necessariamente, uma duração célere; aliás, muitas vezes, a única forma de ser razoável é não ser célere. A norma constitucional pretende que a duração do processo seja a mais rápida possível. E a celeridade possível é um dos critérios de aferição da razoabilidade do prazo e não a própria razoabilidade dele. A razoabilidade da duração do processo implica uma ponderação entre o comando de celeridade e outros preceitos constitucionais, no que tange aos princípios eleitos para a atuação do mesmo.

Em face do exposto, tem-se que, em situações de urgência, temendo o risco de ineficiência de um provimento tardio, deve-se ter a preocupação de fazer com que o processo dure o menor tempo possível, sendo injusto se pensar que o

⁴ Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19994

processo, apenas por uma questão burocrática, teria que caminhar por estradas totalmente inúteis apenas para cumprir um itinerário previamente e ingratamente previsto na legislação.

Outros mecanismos foram trazidos pelo legislador, com a EC/45, na tentativa de alcançar esse objetivo de celeridade processual, tais como: vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau; a proporcionalidade de números de juizes à efetiva demanda judicial e à respectiva população; a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição; a possibilidade de delegação dos servidores do Poder Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário; a instalação de justiça itinerante; as súmulas vinculante do Supremo Tribunal Federal. (MORAIS, 2006, p. 94)

A despeito de que essa emenda tenha trazido poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução da morosidade da Justiça brasileira, vê-se que junto com o referido princípio, visa a transparência e controle de qualidade da atividade jurisdicional, ficando a cargo dos legisladores infraconstitucionais a incumbência de tal serviço. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição da justiça e uma maior segurança jurídica, afastando-se os tecnicismos exagerados. Apesar de que, esse mesmo sistema dispõe de diversos instrumentos que já podem ocasionar essa mudança, se melhores explorados e utilizados, cabendo, inclusive, em alguns casos, fazer cessar

as limitações legislativas de forma a ampliar o uso destes mecanismos processuais tão bem adequados a esta nova formatação dos instrumentos processuais.

No entanto, evidenciada a garantia como norma constitucional de eficácia limitada (enquanto não promulgada lei complementar ou ordinária que lhe desenvolva a eficácia) ante a necessidade de fixar os contornos objetivos do conceito de razoável duração do processo e criar meios processuais que garantam-lhe a celeridade, sua eficácia limitar-se-á a paralisar os efeitos de normas precedentes com ela incompatíveis e impedir o surgimento de qualquer norma futura a ela contrária (BARROS, 2006, p.15).

3.3 O princípio da razoabilidade na concessão de tutela antecipada

O princípio da razoabilidade na aplicação da tutela antecipada revelará, para o intérprete da lei, não só a atualização e aperfeiçoamento do Poder Judiciário pátrio, mas também uma forma de buscar a prudência e a lógica nas decisões jurisprudenciais.

É justamente nesse contexto que se insere a tutela antecipada, imprescindível para que haja um melhor desempenho jurisdicional, sendo correto dizer-se que também é garantida pelo princípio constitucional da inafastabilidade (art.5º, XXXV da CF/88).

Com isso, no exame da prova o julgador é submetido a algumas indagações, a exemplo dos valores apropriados a determinada realidade e que se apresentam congruentes com a realidade social; os cânones envolvidos num dado caso concreto; e, ainda, quais os fins compatíveis com os valores que se almeja

prestigiar (se a medida adotada se adequará aos fins pretendidos, como no caso da antecipação da tutela).

Quando o juiz é chamado pelo jurisdicionado a aplicar a lei e constata que o preceito contém aquelas incertezas semânticas, se depara com um obstáculo que deve ser transposto pelas técnicas de interpretação legal e de preenchimento do conceito juridicamente indeterminado. Daí porque o magistrado sempre agirá com certa margem de discricionariedade na concessão da tutela antecipada.

A norma em apreço trata das medidas necessariamente aplicadas pelo juiz para obtenção do resultado prático equivalente, e tais escolhas situam-se na esfera de seu poder discricionário, que se equipararia à indeterminação do conceito trazido no *caput* do artigo 273, ou seja, a interpretação dos conceitos indeterminados pelo magistrado o obrigará à utilização de métodos intuitivos, racionais, lógicos e razoáveis, para a investigação das mais variadas situações fáticas imprevisíveis, ora surgidas ao longo do desenvolvimento da sociedade, especialmente no tocante à antecipação da tutela.

Tão lógico é entender-se, pois, que o magistrado, na busca de elementos dentro do sistema para o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, também se vale da discricionariedade e razoabilidade, como critérios modernos de valoração da prova e consecução da tão almejada efetividade e celeridade processual. E pode-se dizer ainda que a razoabilidade, nesse contexto, é aplicada como forma de restrição desse poder, pelo que importa chamá-lo de poder discricionário limitado pela própria lei (no sentido de que guarda observância ao devido processo legal) no qual a razoabilidade se acha inserida, ainda que implicitamente.

Em se tratando de concessão de tutela antecipada de provimento jurisdicional, mister se faz que o juiz, dentro da esfera de sua discricionariedade judicial, proceda a prudente e cuidadosa análise, porquanto pode haver situação emergencial que o reclame, desde que haja prova inequívoca do alegado e o juiz se convença de sua verossimilhança.

As acepções jurídicas assumidas pelo princípio da razoabilidade, portanto, aliadas ao intuito de tornar o processo mais célere para as partes, reforçam a aplicação da razoabilidade na concessão da tutela antecipada, ratificando-a enquanto instrumento de alta relevância social que, sem embargo, contribui para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional.

Nos dias atuais, há no cenário jurídico brasileiro um número infindável de decisões jurisprudenciais calcadas na aplicação do princípio da razoabilidade, em face de concessão da tutela antecipada, que adquire grande importância no âmbito doutrinário e jurisprudencial pátrio. Ademais, sabendo-se que os princípios norteiam todo o ordenamento jurídico, com o princípio da razoabilidade não seria diferente, dada a possibilidade de sua aplicação quando da concessão da tutela antecipada.

Partindo dessa premissa, dá-se a escolha de 3 (três) acepções que, por sua vez, permitirão a análise do referido princípio à luz da concessão da tutela antecipada: a utilização como diretriz (da relação das normas gerais com a individualidade do caso concreto); como diretriz (que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual fazem referência); a razoabilidade como diretriz (a qual exige a relação de equivalência entre duas grandezas).

A despeito de que, em sede de tutela antecipada, o juiz realize uma cognição superficial, o objeto de seu exame fica adstrito aos fatos e fundamentos jurídicos deduzidos pelo autor e às provas que ele unilateralmente produza na

petição inicial. Dessa maneira, o magistrado dependerá (além daqueles meios previstos na lei) de elementos interiores, de estados de consciência e não só da relação jurídica.

No que se refere ao juízo de verossimilhança, sabe-se que se pauta na probabilidade do direito afirmado pelo requerente da medida, o que permite dizer que a verossimilhança vem a ser um grau de convencimento superior à possibilidade e inferior à probabilidade. Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias, contidas no artigo 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança.

Portanto, chama-se a atenção para a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados trazidos pelo legislador processual de 1994, no que se refere às expressões prova inequívoca e verossimilhança das alegações. Com certa razão, o legislador processual trazendo as expressões para a norma jurídica, permite que a norma permaneça sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada.

A prova inequívoca é aquela que não traz dúvidas. É patente, clara, preexistente e suficiente para que se antecipe a pretensão do autor, não podendo a antecipação ser concedida mediante a simples alegação ou suspeita. Essa prova produz no juiz um grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. E, como consequência dessa mesma prova, surge a verossimilhança da alegação, em que o magistrado enxerga a plausibilidade dos fatos invocados pela parte alcançando, assim, um juízo de forte probabilidade. Faz-se importante destacar que o *fumus* da tutela antecipada é mais preciso e convincente do que aquele exigido para a concessão da medida liminar em ação

cautelar. A verossimilhança produz no magistrado um juízo de convencimento pleno e de efeitos processuais provisórios. Em razão disso, a parte autora deverá produzir prova inequívoca que levará à verossimilhança do direito alegado.

Segundo Marinoni (2004, p. 209):

Embora, a lei processual (artigo 273 CPC) tenha vinculado o convencimento da verossimilhança da alegação à prova inequívoca, identifica-se que a probabilidade em sede de verossimilhança não significa, de forma alguma, um grau mínimo da provável realidade da alegação, pelo contrário necessita de um grau de suficiente advinda da prova inequívoca para a configuração do verossímil.

Importa considerar que o conceito de prova inequívoca deve ser retirado da própria relatividade das provas, sendo suficiente um grau de probabilidade a ser construído mediante o balanceamento entre os motivos convergentes e divergentes do convencimento do juiz sobre o direito pleiteado.

Destarte, em se tratando de antecipação de tutela, o grau de probabilidade decorrerá da própria prova inequívoca, que há de ser intensa, capaz de induzir a identificação plena entre probabilidade e verossimilhança e justificar o deferimento da medida antecipatória. Dessa forma é que o magistrado, para alcançar esse grau de convicção acerca da probabilidade, necessita proceder a uma instrução, embora incompleta e com cognição sumária. Assim, na formação do juízo da verossimilhança, o julgador deverá observar a chamada lógica do razoável e, neste tipo de raciocínio, induzido a formar seu convencimento por meio da experiência concreta dos problemas humanos numa dimensão axiológica, determinada a partir de valores postos numa relação de metas e objetivos, e o faz por meio da razoabilidade.

Em sede de antecipação da tutela o magistrado, no exame da valoração da prova, muitas vezes faz uso da lógica do razoável para investigar a existência da prova inequívoca e verossimilhança demonstrada no processo. E muitas vezes o faz para investigar as relações de congruência, equilíbrio e equidade, justamente acepções jurídicas assumidas pela razoabilidade que se pretende analisar frente à concessão da tutela antecipada.

Com isso, percebe-se que no exame da prova o julgador é submetido a algumas indagações acerca dos valores apropriados à determinada realidade, ou seja, sobre quais valores se apresentam congruentes entre a realidade social e os bens envolvidos num dado caso concreto. E, ainda, indaga-se o juiz acerca de quais os fins compatíveis com os valores que se pretende prestigiar, ou seja, se a medida adotada se adequará aos fins pretendidos, como no caso da antecipação da tutela.

Vale dizer que os requisitos da prova inequívoca e verossimilhança não se verificam por meio de um cálculo matemático que proporcione medidas indiscutíveis para todos os casos de antecipação de tutela, mas, na aplicação ao caso concreto, não se tratando de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações.

O julgador, além de realizar o exame da ponderação dos valores envolvidos no caso, utiliza-se da razoabilidade, cujo elemento preponderante e eleito pelo magistrado para dissipar a dúvida na cognição sumária pode advir da hipossuficiência econômica de uma das partes como, por exemplo, nas relações de consumo.

Do que já foi visto sobre os direitos fundamentais, notadamente a sua prevalência sobre as demais normas do ordenamento jurídico consubstanciada,

sobretudo, no princípio da máxima eficácia desses direitos, pode-se de pronto afirmar que o instituto da tutela antecipada é mais um instrumento jurídico que poderá ser bastante útil à concretização destes mesmos direitos, quando se observa o que preceituam os princípios constitucionais, principalmente no tocante à questão da celeridade da tutela. Todavia, para incidência desse mecanismo processual, faz-se necessário o preenchimento de requisitos legais garantidores de outros direitos fundamentais como a ampla defesa e o contraditório, *on line*⁵.

⁵ Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=395>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente estudo, demonstrou-se cabalmente que o devido acesso à justiça é direito de todos; no entanto, não deve ser visto apenas como o direito de estar em juízo, de pleitear algo no qual esteja resguardado o objeto jurídico em questão, ou melhor, como a simples admissão ao processo ou a possibilidade de ingresso nele. Esse mesmo acesso à justiça deve ser vislumbrado sob a ótica da junção de um conjunto de elementos que possibilita, a um maior número de pessoas, o direito de recorrer ao Poder Judiciário quando verificarem que seu direito está ameaçado ou foi lesado por qualquer fator marginal ao normal andamento do processo.

É evidente que a tendência, principalmente dos últimos 30 anos, tem sido a de criar meios para que o processo passe a gerar resultados mais rapidamente; uma prova clara de tal tendência foi a instituição da tutela antecipada. No entanto, ainda há muito a se fazer, já que o velho processo ordinário não mais satisfaz as necessidades dos cidadãos que buscam a prestação jurisdicional.

Constatou-se também que, para que haja o fiel cumprimento da função da Jurisdição, entendida como a atribuição conferida para Estado de julgar e executar o julgado, seria necessário uma reaproximação do direito processual do direito material, devendo o primeiro, inclusive, disponibilizar inúmeras formas de tutela para melhor atender a toda sorte de direito material.

Em consonância com essa realidade, coube ao legislador ofertar, por meio da Constituição Federal, os princípios basilares que norteiam ordenamento jurídico, influenciando, conseqüentemente, a aplicação das normas de direito de ordem material ou instrumental de maneira a aproximá-los diretamente da realidade prática

diante da necessidade do meio social, com o intento de realizar o fim maior a que se destina a Direito qual seja, a promoção do bem comum.

Vislumbrou-se, também que, a junção de mecanismos processuais, como o instituto da tutela antecipada com a razoabilidade como princípio em respeito a disposições de preceitos constitucionais, nesse âmbito de atuação, constitui-se elemento imprescindível para possibilitar a efetiva viabilização do atendimento adequado às necessidades do direito substancial, sendo respeitadas as suas vicissitudes. Destarte, apenas mediante a inserção de instrumentos processuais que amenizem o dano ocasionado pelo efeito do tempo no âmbito processual, na busca tempestiva da realização de um provimento jurisdicional célere e satisfatório é que se terá uma prestação jurisdicional nos padrões de justiça almejados pelos operadores do direito, e, sobretudo, pelos cidadãos a que esta é endereçada.

Ante o que fora exposto nesta pesquisa, resta manifestar o inconformismo com a aludida conjuntura aqui apresentada. Tal estudo, todavia, mostrou-se altamente relevante, uma vez que foram apresentados meios que permitem realizar esse direito, servindo a legislação processual como instrumento hábil para solucionar conflitos mediante a desburocratização e simplificação do processo, proporcionado, sempre que possível, a tutela do direito de maneira rápida, sempre que possível com uma maior satisfação da prestação jurisdicional e um menor sacrifício experimentado pelos jurisdicionados.

Ficou cabalmente esclarecido que o processo de aperfeiçoamento de mecanismos processuais adequados e eficazes à rapidez na prestação jurisdicional já foi iniciado, porém, ainda há um longo caminho a percorrer para que efetivamente sejam cumpridos os ditames constitucionais direcionados ao satisfatório acesso à justiça, sendo a tutela e a conseqüente observância da aplicação do princípio da

razoabilidade um exemplo de um vértice desse processo, buscando-se alternativas de desburocratização e humanização concernentes ao processo e ao procedimento. Permitir que o processo seja efetivamente célere é condição imprescindível para que haja um melhor desempenho do Poder Judiciário, e para que possa atender ao fim precípua do direito, que é a promoção da justiça.

Assim sendo, a tutela jurisdicional deve ser prestada rapidamente, sempre que possível; porém, para que isso ocorra efetivamente é necessário o bom funcionamento da organização judiciária, com número adequado de magistrados, atrelado à utilização e feitura de procedimentos menos burocráticos e que, conjuntamente, viabilizem distribuição racional do tempo do processo, pondo em prática, desde logo, a garantia de uma prestação jurisdicional célere e justa, pois garantir às pessoas tutela jurisdicional inoperante e ineficaz é quase o mesmo que não prestar tutela alguma, configurando-se assim um quadro de "injustiça real".

Destaque-se que, somente a partir da conscientização da necessidade acerca de uma nova perspectiva do direito processual, passando-se a compreendê-lo em suas dimensões política, social e econômica, ao lado da sua dimensão jurídica, poderá efetivamente o processo atender aos fins para as quais foi idealizado, qual seja, atender às necessidades do direito material.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos, *Teoria geral do processo de conhecimento*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRAGA, Jorge Luiz. *Da razoabilidade em um julgamento*. Jus Vigilatibud, Vitória, 2 fev. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19994>. Acesso: 05 de nov. 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CODIGO DE PROCESSO CIVIL. *Vade Mecum* academico de direito. Organização de Anne Joyce Angher, São Paulo: Ridell, 2004.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiologicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DANIEL, Deatriz Castilho. *O prinípio da razoabilidade na concessão da tutela antecipada*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=395>. Acessado em 10 de out. 2006.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*, , Porto Alegre: Sítense, 1999.

LENZA, Pedro, *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2006

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 5. ed. São Paulo: Manole, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antonio De. *Alterações do cpc comentado aspectos processuais, trabalhistas e civis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997

PAULO, Vicente. *Aulas de direito contitucional*. 4. ed. Niterói – Rio de Janeiro: Impetus, 2005

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA , José Milton da, *Teoria geral do processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUSA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html. Acessado em 02 de nov. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência, medidas cautelares e antecipatórias*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

WABIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Processo de Conhecimento*. 5. ed. V. 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

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