

A INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INAUDITA ALTERA PARTE

Plauto Rino Pompeu¹

Sumário: 1 Introdução; 1.1 Os princípios norteadores do Estado; 1.2 O direito à propriedade; 2 Finalidade da Tutela Antecipada no Processo Civil; 2.1 Requisitos Legais; 2.2 Reversibilidade; 3 Princípios Constitucionais do Processo; 3.1 Contraditório; 3.2 Ampla Defesa; 3.3 Devido Processo Legal. 4 A efetividade processual da tutela antecipada frente às garantias constitucionais do processo; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

¹ Especialista *latu sensu* em Direito Processual pela PUC Minas; Especialista *latu sensu* em Gestão Estratégica de Negócios pela UFMG; Advogado militante, e-mail: plauto@pompeuadvocacia.com.br
Professor Orientador: Dhenis Cruz Madeira.

1. INTRODUÇÃO.

Desde os primórdios dos tempos² a civilização vem se preocupando em criar leis e normas que estabeleçam regras para o convívio social³, garantindo a todos a posse e propriedade⁴ de seus bens, a liberdade e a vida, bem como a oportunidade de defesa, com o surgimento das leis (Lei das XII Tábuas, 449 a.C.), e da magistratura (*pretor*, 356 a.C.).

Porém, nos dias atuais, a precariedade estrutural que o Judiciário Brasileiro⁵ está imerso faz com que se busque trazer celeridade ao processo mitigando as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, com a justificativa que estas (e não outras)⁶ seriam as devidas responsáveis por esta morosidade,

² Adotaremos como marco inicial deste tempo o século VIII a.C. que marca o início da Roma Antiga., tendo, por muitos, como a primeira fonte do Direito, tendo suas influências até os dias atuais. Sobre a história de Roma ver FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11ª ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 29-70. Também: MADEIRA, Dheniz Cruz. **Processo de Conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito**, 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47-104.

³ O Direito ajuda o homem a se adaptar às condições do meio; de outro, é o homem que deve adaptar-se ao Direito, preestabelecido segundo suas próprias aspirações. A vida em sociedade só é possível com organização, daí a necessidade do Direito. A sociedade cria o direito para formular as bases da justiça e segurança. Mas o Direito não gera o bem-estar social sozinho. Seus valores não são inventados pelo legislador, sendo, ao contrário, expressão da vontade social. Se o direito é fator de adaptação, surgido da necessidade de ordem, justiça e segurança, caso a natureza humana atingisse nível supremo de perfeição, sem dúvida alguma o Direito tenderia a desaparecer. Em poucas palavras, o Direito não corresponde às necessidades individuais de cada pessoa. Corresponde sim a uma carência da coletividade de paz, ordem e bem comum. Para o indivíduo, e para a sociedade, o Direito não constitui fim em si mesmo, apenas meio para tornar possível a convivência e progresso social. FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11ª ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1-2.

⁴ Sobre o conceito de propriedade ver FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11ª ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 474

⁵ Relatório do Conselho Nacional de Justiça sobre os processos em primeira instância: http://www.cnj.jus.br/justica_aberta_rel/relatorio.wsp?rel.mes=12&rel.ano=2008 consulta realizada em 10 de março de 2009.

⁶ Como bem salientou Fernando Horta Tavares “*A eficiência da função estatal de dirimir conflitos e aplicar a sanção penal pode ser resultante do simples cumprimento das regras constitucionais, como aquelas que determinam que o número de juízes deva ser proporcional à demanda e à população (art. 93, inc. XII da CF/88) (...) e continua: (...) a almejada celeridade de tramitação em tempo adequado passa, simplesmente, pelo aspecto da estrita legalidade dos próprios Códigos de Processo, isto é, a Administração Judiciária deve, como as demais pessoas a ela equiparadas, pelo princípio da isonomia, cumprir e praticar os atos processuais segundo a moldura definida pela norma procedimental, expungindo-se do ordenamento jurídico brasileiro, por incompatíveis com os princípios constitucionais do processo, os prazos diferenciados para a Fazenda Pública e os mal denominados “prazos impróprios” para o juiz e seus auxiliares*”. TAVARES, Fernando Horta. O tempo e o processo. *in* TAVARES, Fernando Horta (coordenador). **Urgência de Tutela**. 1ª Ed. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 117.

argumentando ainda que a utilização das vias recursais (ampla defesa) acabe contribuindo com a manutenção de lides intermináveis.

Portanto, como forma de contrapor esta morosidade e garantir ao processo sua razoável duração⁷, atendendo ao inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, houve a criação de mecanismos processuais para antecipar os efeitos de uma futura sentença, tornando habitual que as partes se utilizem destes mecanismos, chamados de *antecipação de tutela*, para conseguir de forma imediata, ainda que em caráter precário⁸, que os efeitos que somente seriam obtidos após decisão final fossem antecipados, Isto sem qualquer oportunidade de pronunciamento da parte que sofrerá os efeitos desta decisão, que deveria, por esta razão, apresentar de forma compartilhada com o postulante, suas razões.

Nesta conjuntura sobreposta de valores descritos como garantias fundamentais⁹, o presente estudo, sem pretensão de esgotar o assunto, vem ofertá-lo à crítica e chamar a atenção para uma análise mais detalhada dos atos que garantem a celeridade processual mitigando as garantias constitucionais.

1.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTADO.

O princípio garantidor do direito de ser ouvido antes de ser condenado, como também de apresentar defesa, devidamente insculpido em nossa Carta Magna¹⁰, conferindo expressamente o direito ao *contraditório* e a *ampla defesa*, com

⁷ CF, 1988. Art. 5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁸ No sentido jurídico de *tutela provisória* fundada em cognição sumária (mera verossimilhança) e essencialmente precária, que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. Antecipa os efeitos da tutela definitiva, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado. É a chamada tutela antecipada. Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. **A Antecipação dos Efeitos da Tutela Contra a Fazenda Pública**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 24 - Maio/Jun de 2008. p. 5.

⁹ CF, 1988. Art. 5º.

¹⁰ Expressão aqui utilizada conforme sua etimologia: *magna*, feminino de "grande" em latim, e *carta*, *ae*, termo latino que se refere à folha de papiro pronta para a escrita e que está na origem da palavra "carta" em português. Sobre sua origem história e recusando-se a utilizar a expressão ver: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito**, 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 124.

todos os meios e recursos necessários¹¹ acompanham, *pari passu*, o desenvolvimento do Estado e da sociedade.

Cesare Beccaria descreve com muita propriedade a necessidade do homem em formar uma nação:

Cansados de viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificam uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas estas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo¹².

A preocupação com a criação de leis e normas que estabeleçam as regras para este convívio social, garantindo, por exemplo, o direito de propriedade e a oportunidade de defesa são muito antigas, exemplo disso é uma passagem do Novo Testamento que, ainda que não seja tenha caráter histórico e científico, deixa implícito o dever de ouvir o acusado antes de condená-lo: “*Porventura condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que faz?*”¹³”

O surgimento do Estado Democrático de Direito fortaleceu a exigência do cumprimento dos valores entendidos como fundamentais. Procurando garantir o convívio social e o relacionamento interpessoal, dirimindo conflitos e possibilitando a intervenção do Estado sempre que estas regras não forem respeitadas.

Tal como leciona Dalmo de Abreu Dallari:

A idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado, tendo em vista a proteção daqueles valores¹⁴.

E, em uma visão constitucionalista do processo e, negando a concepção contratualista, Dhenis Cruz Madeira ensina:

¹¹ Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV.

¹² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das Penas**. Tradução Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997 (2ª Reimpressão). p. 16

¹³ Evangelho de São João, 7:51. p. 132.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 123.

(...) O Estado Democrático de Direito, de forma principiológica e vinculante, regue a prática jurídica como um todo, inclusive a atividade administrativo-estatal, correlacionando-se com as outras normas constitucionais e infraconstitucionais. Tal paradigma serve de norte para estruturação de todo o sistema jurídico, o qual não poderá inobservá-lo em nenhuma de suas fases, haja vista o Princípio da Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade irrestrito das leis.

A Constituição Brasileira, reconhecendo que todo poder emana do povo, institui o Estado Democrático de Direito visando a assegurar, justamente, o exercício pleno e efetivo dos direitos descritos constitucionalmente, sendo isso, aliás, o que se deflui ao longo do texto, inclusive de seu preâmbulo.¹⁵

Portanto, admitindo-se que a representatividade indireta do povo, por meio de seus mandatários¹⁶, reflete os interesses deste povo e estes representantes, reunidos na Assembléia Nacional Constituinte, instituíram a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático, destinando-o a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos, qualquer ato ou norma que venha a contrariar estes interesses não encontrará respaldo constitucional.

1.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE.

Em proporções semelhantes ao direito à vida e à liberdade, está o direito de propriedade¹⁷, cuja preocupação fica evidente pela semelhança com que a legislação francesa e a legislação italiana que trataram deste tema.

O Código Civil Francês, em vigor desde 1804, apenas deu uma roupagem mais moderna ao que dispunha o Código Napoleão: “*O direito de gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos*”.

Article 544.

¹⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito**, 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35.

¹⁶ Artigos 45 e 46 da Constituição Federal de 1988.

¹⁷ (...) situação jurídica consistente em uma relação dinâmica entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àquela os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade. FIUZA, Cesar. ob. cit. p. 745.

La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.¹⁸

Também herança do Código Napoleão, o Código Civil Italiano, traz consigo o mesmo entendimento no tocante ao direito de propriedade:

Art. 832 Contenuto del diritto

Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.¹⁹

Já a legislação brasileira²⁰, além de guardar semelhança às legislações francesa e italiana, elevou o direito de propriedade à condição de direito constitucional²¹, além de mantê-lo em seu Código Civil²².

Sobre o tema, veja a lição de Washington de Barros Monteiro:

No momento atual, o direito de propriedade, no direito brasileiro, encontra-se erigido à condição de categoria constitucional. Efetivamente, é a Constituição Federal que assegura este direito, entre aqueles indivíduos referidos no artigo 5º, embora desde logo estabeleça sua conformação à função social que desempenhar²³.

Portanto, qualquer decisão, ainda que seja em caráter precário ou provisório, que traga prejuízo à parte, sem que esta tenha tido a oportunidade de se manifestarem, em simétrica paridade²⁴, será uma decisão contrária às normas

¹⁸ Code civil Créé par Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804. Tradução livre: A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos. <http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp> acessado em 10 de março de 2008.

¹⁹ Il Codice Civile Italiano - R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942). Tradução livre: O proprietário tem o direito de gozar e dispor da coisa de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites e com a observância das obrigações estabelecidas no ordenamento jurídico.

²⁰ São também fontes do Direito Brasileiro: as Ordenações dos reis de Portugal, Dom Afonso (1446 a 1514) Dom Manuel (1514 a 1603) e Dom Filipe (1603 à República). FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11ª ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 73.

²¹ CF/1988: XXII - é garantido o direito de propriedade; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil - Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil** – 3º Volume - Direito das Coisas. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 82.

²⁴ Sobre a expressão *Simétrica Paridade*, pertencente à Elio Fazzalari, difundida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves e discutida por Rosemiro Pereira Leal, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 106-108.

constitucionais garantidora da ampla defesa e do contraditório, podendo configurar um ato ilícito²⁵ com possível responsabilidade civil do Estado²⁶, caso esta decisão venha a trazer algum prejuízo.

Deve-se lembrar que o Judiciário é parte da administração pública e a esta somente é permitido fazer aquilo que está disposto em lei.

A falta de autorização torna ilícito o comportamento do sujeito e nulo ou anulável o ato jurídico praticado, sem prejuízo da aplicação das sanções cabíveis²⁷.

Importante ainda destacar que a antecipação *inaudita altera parte* poderia, grosso modo, ser ato antecipatório das pretensões do autor e não dos efeitos da sentença, já que o procedimento para obtê-lo é *composto de uma estrutura técnica formada por atos jurídicos sequenciais, construídos numa relação espaciotemporal existente para a preparação do provimento final*²⁸.

2. FINALIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO CIVIL.

A finalidade da tutela antecipada, como o próprio nome diz, é o de antecipar os efeitos que seriam gerados a partir da prolação da sentença de mérito e esta somente pode ser requerida quando aguardar a marcha processual colocar em risco o direito pretendido.

Marinoni defende que *“a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão”*²⁹.

²⁵ Entendendo como **ato jurídico ilícito** como toda atuação humana, omissiva ou comissiva, contrária ao Direito. FIUZA, Cesar. ob. cit. p.714.

²⁶ Sobre o tema ver: DIAS, Ronaldo Brêtas C. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. *in* FIUZA, Cesar Augusto de Castro, Freire de Sá, Maria de Fátima, DIAS, Ronaldo Bretas C. Dias (coordenadores) **Temas atuais de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 312-346.

²⁷ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização Administrativa**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 222.

²⁸ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição. Uma inserção no Estado Democrático de Direito**, 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 206, louvando-se nos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves.

²⁹ MARINONI, **A antecipação da tutela**, 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p.44.

Novamente o que se percebe é a criação de meios alternativos com o objetivo de contornar a morosidade do Judiciário em proferir um provimento final para que, a partir deste, obter-se os efeitos desejados pela parte, cumprindo assim, por parte do Estado, a devida provimento jurisdicional.

A maior falha do Poder Judiciário, em todos os seus níveis, tem sido a morosidade com que tramitam os processos, fazendo com que se tenha aplicação tardia da justiça e, por isso, quase sempre, verdadeira injustiça³⁰.

2.1 REQUISITOS LEGAIS.

A fundamentação legal para a antecipação da tutela foi inserida no artigo 273³¹ da legislação processual civil pela Lei nº 8.952 de 1994, exigindo, para concessão da antecipação da tutela, a existência de prova inequívoca do direito do requerente e fundado receio de dano irreparável³² ou difícil se houver a necessidade de aguardar o provimento final para aplicação dos efeitos da decisão.

Conforme escreve Humberto Theodoro Júnior:

Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois:

I - Um dano potencial;

II - A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.³³

³⁰ POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 465.

³¹ “Artigo . 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: (...)”. Código de Processo Civil, redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

³² “Inicialmente, em face do Código Civil Brasileiro (art. 159) não existe a figura do dano irreparável, uma vez que é assegurada a reparação de quaisquer danos causados a outrem por culpa ou dolo. Assim, dano irreparável, por reflexão apriorística, seria redobrado absurdo que jamais autorizaria cogitação de acolhimento. Ante tais antinomias, parece que o legislador, ao ser referir em dano irreparável, talvez quisesse explicitar o dano iminente a coisa de fugibilidade de difícil por via de satisfação integral ao prejudicado, porque – é óbvio – o dano, como efeito de ato ilícito é sempre juridicamente reparável pelo devido ressarcimento, ainda que não plenamente compensatório”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 165.

³³ THEORODO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Ed. Forense, v. II, 2ª ed., 1.986, pag. 1.116.

A antecipação da tutela é utilizada para resguardar direitos expostos a danos iminentes e irreparáveis, funda-se, por isso, nos princípios do **fumus boni juris** e no **periculum in mora**, isto é, na plausibilidade do bom direito e no perigo da demora jurisdicional, porque nenhum provimento cautelar pode ser proferido, caso não demonstre o postulante que o seu direito é indubitoso e que se deve ser imediatamente garantido para evitar dano.³⁴

Elpídio Donizetti conceitua por prova inequívoca como “a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado. Trata-se de um juízo provisório. Basta que, no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos convirjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações³⁵”.

Já Dhenis Cruz Madeira define a prova como “um instituto jurídico que se constituirá por um meio lícito, que possuirá o objetivo de apreender um elemento cujo produto será instrumentalizado nos autos, vinculando a fundamentação do futuro provimento a ser exarado³⁶”.

Importante ainda apresentar o conceito do que seria a verossimilhança que, conforme os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal:

(...) verossimilhança, em processo, há de ser conteúdo instantâneo (meio lógico-jurídico) pelo nexó material do elemento do instrumento de prova já existente nos autos e perpassados pelo contraditório, não sendo a verossimilhança mera cogitação de possibilidade ou probabilidade pela qual o julgador compatibilizasse alegações de fatos e a lei, porque, como se discorreu, a sua caracterização é induzida pela base empírica precógnita ou seja, pela já existência nos autos do procedimento, do instrumento pré-constituído da prova³⁷.

³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 173.

³⁵ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**, 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 221

³⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição. Uma inserção no Estado Democrático de Direito**, 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. P.152

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 159.

A utilização da antecipação da tutela tem sido muito freqüente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais³⁸, principalmente nos casos relacionados à saúde, onde fica evidenciado o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Nessa linha de raciocínio, JOSÉ AFONSO DA SILVA preleciona que:

(...) Há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.³⁹

2.2 REVERSIBILIDADE.

Não podendo ser diferente, nossa legislação também prevê a reversibilidade da antecipação da tutela, seja no curso do processo, seja ao final deste.

Para tanto, basta que, após o contraditório e as provas apresentadas pelas partes, o juiz tenha entendimento⁴⁰ diverso daquele que o levou a deferir o pedido de antecipação da tutela.

Todavia, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, não é permitido que se conceda esta antecipação, devendo que a aplicação dos efeitos da sentença aguarde o provimento final, ou seja, sua prolação.

Este entendimento está devidamente descrito no Código de Processo Civil:

³⁸ TJMG AGIN 1.0699.08.086739-2/0011; Ubá; Terceira Câmara Cível; Rel. Desig. Des. Manuel Saramago; Julg. 11/12/2008; DJEMG 17/02/2009 / TJMG; AGIN 1.0245.08.148738-2/0011; Santa Luzia; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Belizário de Lacerda; Julg. 25/11/2008; DJEMG 19/12/2008.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 6 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990. p. 271.

⁴⁰ Importante destacar a importância do contraditório em relação ao chamado "entendimento" do juiz, vez que o contraditório deve ser visto como "*garantia da parte de que tudo aquilo que ela provou ou alegou deverá ser levado em consideração pelo juiz, no momento do provimento jurisdicional. Vale dizer, o juiz não poderá desprezar aquilo que foi levado para o caderno probatório pelas partes, por meio do contraditório (alegações, contra-alegações, provas, etc.), ao aplicar o direito, mediante, apenas, seu livre convencimento, mas, conforme já dito, deverá se fazer valer de uma persuasão racional que implica, necessária e obrigatoriamente, sobejar os elementos constantes dos autos, levando-os em consideração, e decidir de maneira fundamentada, calcado na razão e não mais ancorado na certeza legal*". TEIXEIRA, Wellington Luzia. **A Instrumentalidade Técnica do Processo**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, v. 60, p. 59-81, 2007.

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:

(...)

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

(...)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada⁴¹. (g.n.).

Sobre a reversibilidade da antecipação da tutela, ato pelo qual o fato retorna ao *status quo*, Marinoni⁴² segue o processualista Cândido Dinamarco que, em seu livro sobre a reforma do processo civil, assim se pronunciou:

É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício de outro que pareça provável. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que talvez exista e, se existir é porque na realidade inexistia aquele que era provável. O monografista fala da coexistência entre o princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vetado pela lei vigente (art. 273, § 2º)⁴³.

É de se notar que decisões pautadas no direito provável e por isso, incerto, poderá, no curso do processo⁴⁴ ou ao seu final, ficar demonstrado que àquele que se beneficiou de uma decisão pautada na probabilidade não é, obrigatoriamente, detentor do direito ali pleiteado, podendo gerar prejuízos a quem realmente fazia jus ao direito.

⁴¹ Artigo alterado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**. 2ª. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 100.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo: Malheiros, 1994.

⁴⁴ Entendendo-o como procedimento em contraditório.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.

A Constituição brasileira, ao longo da história e de suas promulgações, cada vez mais se incumbiu de configurar o direito processual, não mais como mero conjunto de regras e acessórios de aplicação do direito material, mas sim como um instrumento público de realização da justiça⁴⁵.

Nas palavras da Ada Pellegrini, direito processual é “*a expressão com conteúdo próprio em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei*”⁴⁶.

Rosemiro Pereira Leal, no entanto, defensor da Teoria Neo-Institucionalista⁴⁷ que diverge da Ada Pellegrini, apresenta uma visão constitucionalizada do processo, define o processo como:

(...) instituição regente da estruturação dos procedimentos pelo contraditório, ampla defesa, isonomia das partes, direito ao advogado e à movimentação incondicional da jurisdição. Com efeito, a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser “a conclusão” das alegações das partes e não um ato eloqüente e solitário de realização de justiça.⁴⁸

⁴⁵ Importante ressaltar que esta é uma visão *instrumentalista* do processo, onde o processo é visto como um instrumento para realização da justiça. Os juristas Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Leal, Elio Fazzalari, Ronaldo Brêtas, Dhenis Cruz Madeira e Welington Luzia Teixeira não concordam com esta finalidade do processo.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 36.

⁴⁷ Teoria Neo-Institucionalista: “processo: conjunto principiológico de direitos fundamentais constitucionalizados à construção do procedimento, não sendo mais uma espécie de procedimento, mas como uma instituição regencial do procedimento (contencioso ou não) Essa Teoria, ao contrário da anterior coloca a JURISDIÇÃO como instrumento do processo aberto a qualquer do povo, propiciando uma visualização irrestrita (concreta e abstrata) do controle procedimental de constitucionalidade e contemplando uma hermenêutica adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito no eixo da Teoria do Discurso que exige compreensão única para todos os operadores do direito e não somente para os seguimentos privilegiados da comunidade jurídica. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 288.

⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático**. VirtuaJus, www.fmd.br/virtuajus, v. Ano 3, n. nº 1, 2004. p. 7.

Mais abrangentes ou mais restritas, as Constituições da República Federativa do Brasil sempre abordaram as questões relacionadas ao devido processo legal e suas garantias, tendo sua devida apresentação na Constituição Federal de 1988.

O Processo como instituição constitucionalizada composta pelos princípios da ampla defesa, isonomia, contraditório e pelo instituto do Devido Processo, apresenta-se como regente de toda atividade jurídico-interpretativa. Assim, não é legítimo falar em criação, revogação, alteração ou aplicação da norma sem que essa, antes, insira-se no espaço de tal instituição (Processo) regente⁴⁹.

A Carta de Lei⁵⁰ que instituiu a primeira Constituição do Brasil, elaborada dois anos após a proclamação de sua independência ao Reino de Portugal, foi uma das primeiras do mundo a apresentar um rol com direitos e garantias individuais, como direitos à liberdade, à segurança e à propriedade⁵¹.

Destacam-se ainda, na *Constituição Imperial (1824)*, a criação de um governo monárquico unitário⁵², a criação dos quatro poderes⁵³ e a escolha do catolicismo como religião oficial⁵⁴, não permitindo a celebração de outros cultos fora de seus templos.

No curso da história brasileira, houve ainda a elaboração de outras constituições, como a *Constituição da República*⁵⁵ (1891) que institucionalizou a alteração do regime monárquico para uma República Federativa, com governo presidencialista.

As demais Constituições⁵⁶ são igualmente importantes, contudo, como o objeto do presente estudo é apresentar o confronto nas garantias fundamentais, é

⁴⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.42.

⁵⁰ Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.

⁵¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...).

⁵² Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo.

⁵³ Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

⁵⁴ Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

⁵⁵ Constituição brasileira de 24 de fevereiro de 1891.

⁵⁶ 1934; 1937, 1946, 1967 (...)

imperativo destacar a Constituição de 1969, antecessora da atual Magna Carta, foi proferida em pleno regime ditatorial militar.

Esta Constituição, originada por meio de Emenda Constitucional⁵⁷ decretada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, decretou o recesso do Congresso Nacional e autorizou o Poder Executivo a legislar sobre todas as matérias.

Porém, mesmo sob este regime de Estado Autoritário, a Constituição submetida às alterações da Emenda Constitucional nº 1 e Ato Institucional nº 5, manteve, ainda que de forma menos abrangente, os direitos individuais e coletivos apresentados como garantias fundamentais⁵⁸.

⁵⁷ Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, usando das atribuições conferidas pelo artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

⁵⁸ Artigo 153 da Constituição de 1968.

3.3 DEVIDO PROCESSO⁵⁹.

Em 1973, com a promulgação da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, ficou evidente a preocupação do legislador em garantir, da forma mais ampla possível, o duplo grau de jurisdição, suprimindo o recurso de embargos de alçada previsto no Código de Processo Civil de 1939, possibilitando expressamente que todas as causas, independentemente de seu valor, fossem submetidas a reexame pelos órgãos de competência superior.

A Constituição Federal de 1988 incorporou o instituto do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que :

“todo homem acusado de um ato delituoso tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Inovando em relação às antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao *devido processo legal*, além de, de forma explícita à privação de bens.

O *devido processo legal* configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, garantindo a publicidade do processo, a citação, a produção ampla de provas, a ser julgado por um juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, etc.

“Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em *princípios* regentes desse sistema de valoração”⁶⁰.

⁵⁹ Dhenis Cruz Madeira não utiliza a expressão devido processo legal, mas sim devido processo, considerando que esta se refere a junção dos institutos dos princípios constitucionais e os modelos procedimentais. Ver: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 123 e nota 369.

⁶⁰ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 6ª ed. ampl. e rev.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 25.

Em outro sentido, ainda comprometida com o Estado Social, Michel Temer apresenta que:

(...) uma regra encontrada em lei não pode ser aplicada de per si, devendo os intérpretes, antes da aplicação do texto normativo ao caso concreto, questionarem-se acerca da legitimidade, ou não, do dispositivo legal suscitado nos autos, tendo sempre em vista os princípios e direitos fundamentais que integram o paradigma normativo-constitucional do Estado Democrático de Direito⁶¹.

Importante ainda destacar a *teoria do processo como procedimento em contraditório*⁶², cujo estudo foi iniciado pelo processualista italiano, Elio Fazzalari, distinguindo processo do procedimento, traduzido e explicado pelo processualista Rosemiro Pereira Leal:

(...) o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivaleria a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual⁶³.

E continua:

(...) ao distinguir Processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fê-lo originalmente pela reflexão constitucional de direito-garantia⁶⁴.

Seus corolários são a *ampla defesa* e o *contraditório*, que devem ser garantidos em todos os processos judiciais e administrativos de tal forma que,

⁶¹ MADEIRA, Dhenis Cruz. Medida Cautelar ex officio e legitimidade decisória. in TAVARES, Fernando Horta (coordenador). **Urgência de Tutela**. 1ª Ed. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 61.

⁶² No mesmo sentido: “Para se definir quem serão os contraditores, ou seja, quem participará do processo em contraditório, é necessário verificar quais sujeitos serão afetados pelo ato final, quais serão os sujeitos destinatários do provimento. Estes, que suportarão os resultados favoráveis ou desfavoráveis do provimento, é que serão os participantes em contraditório e que possuem legitimidade para agir (...) Mas o contraditório entre os interessados e os contra-interessados não pode ser entendido como mera participação destes sujeitos no processo, mas a participação em simétrica paridade. É esta participação em simétrica paridade que define o contraditório, nesta nova concepção”. BARROS, Flaviane de Magalhães. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari**. virtuajus, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003. Acessado em 10 de março de 2009.

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 83.

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 83.

mesmo no campo administrativo onde não existe a necessidade de tipificação estrita, sua capitulação não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar a defesa.

Como bem afirmou Vicente Greco Filho:

A garantia do *due process of law* é dupla. O processo, em primeiro lugar, é indispensável à aplicação de qualquer pena, conforme a regra *nulla poena sine iudicio*, significando o devido processo como o processo necessário, valendo, também, a regra para qualquer restrição de direitos. Em segundo lugar, o devido processo legal significa o adequado processo, ou seja, o processo que assegure a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa.⁶⁵

Já Dhenis Cruz Madeira rejeita a expressão *due process of law* dada sua origem histórica:

Importante deixar consignado que o devido processo contemporâneo não possui os mesmos moldes daquele esculpido pela *Magna Carta*⁶⁶ pois essa foi “*criada como uma espécie de garantia dos nobres contra o abuso da coroa inglesa*”. Com razão, Nelson Nery Júnior chega a afirmar que o texto inglês abrigava patente reacionarismo, não obstante conter “*exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje tem provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional*”. O *due process of law*, tem suas origens (Inglaterra e Estados Unidos), foi instituído para proteger a vida, a liberdade e a propriedade, especialmente essa última, haja vista as exigências do capitalismo que então formava suas bases. O *due process* era uma garantia criada para os iguais (entre os pares), com evidente exclusão dos diferentes. Tal idéia, não obstante ainda seja defendida por alguns juristas de renome, não encontra abrigo no atual sistema democrático, porquanto esse, preceitua que a paridade não se dá pela situação socioeconômica das pessoas, mas, sim, pela efetivação do texto constitucional redigido via processo constituinte.⁶⁷

3.2 DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

O constitucionalista Alexandre de Moraes define **ampla defesa**, como:

(...) o asseguramento dado ao réu para que este possa trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário e o **contraditório** é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todos atos produzidos pela

⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 46.

⁶⁶ *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*.

⁶⁷ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 124-125.

acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor⁶⁸.

Salienta Nelson Nery Júnior que:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório⁶⁹.

Na mesma linha de raciocínio:

(...) o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação⁷⁰.

Importante salientar que na atualidade é impossível se pensa em contraditório e ampla defesa sem a definição dada pelos estudos iniciados pelo jurista italiano Elio Fazzalari, difundida e aperfeiçoada pelos juristas brasileiros Aroldo Plínio Gonçalves e Rosemiro Pereira Leal, apresentada na obra escrita por Rosemiro Pereira Leal como:

(...) o **princípio do contraditório** é referência lógico-jurídica do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos a dialogicidade necessária entre interlocutores (pares) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizer (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. Daí, o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitado pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida⁷¹.

(...) o **princípio da ampla defesa** é coextenso ao do contraditório e isonomia, porque a amplitude de defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinidade de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal

⁶⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 109

⁶⁹ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 122.

⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 47.

⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 97.

ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda aos aspectos fundamentais de sua produção eficiente⁷².

Nas palavras de Dhenis Cruz Madeira, *o contraditório e não-surpresa andam de mãos dadas*⁷³, concordando com lição de Dierle José Coelho Nunes:

O contraditório constitui uma verdadeira garantia e de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes⁷⁴.

É exatamente na obrigatoriedade das decisões judiciais serem fundamentadas que se observa o dever do juiz de, no provimento final, apresentar as teses e antíteses debatidas no curso do processo e, a partir destas e, pelo devido processo, decidir.

Somente uma decisão construída nos moldes acima apresentados trarão segurança, mesmo ao vencido, porque saberá as razões pelas quais o provimento final não lhe foi favorável.

4. A EFETIVIDADE PROCESSUAL DA TUTELA ANTECIPADA FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, afirma de forma peremptória que: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

Esta mesma constituição garante a todos o direito da ampla defesa e do contraditório⁷⁵, portanto, medidas como as súmulas vinculantes⁷⁶ pelo Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de julgar em massa os casos com fundamentos

⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 98.

⁷³ MADEIRA, Dhenis Cruz. Medida Cautelar ex officio e legitimidade decisória. *in* TAVARES, Fernando Horta (coordenador). **Urgência de Tutela**. 1ª Ed. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 67. citando: NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório. Boletim técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. v.1 jan./jun. 2004. Belo Horizonte, p. 51.

⁷⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do Contraditório**. Boletim técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. v.1 jan./jun. 2004. Belo Horizonte, p. 51.

⁷⁵ CF/88, art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁷⁶ EC 45/2004. "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

semelhantes, o chamado julgamento de recursos repetitivos⁷⁷ pelo Superior Tribunal de Justiça, são medidas que buscam desafogar Judiciário, todavia, são medidas capazes de contrariar os princípios constitucionais já que, ao *julgar por amostragem*, pode ocorrer do caso melhor descrito ou ainda, com alguma peculiaridade que o difere dos demais, seja prejudicado.

Melhor sorte não socorre ao pedido de tutela antecipada, principalmente ao que é concedido liminarmente, *inaudita altera parte* já que esta será subjugada aos interesses da parte requerente sem dizer, ou contradizer, os pedidos formulados pelo autor.

Nas palavras de Gelson Amaro de Souza:

Bem de ver que a Carta Maior não abre exceção e nem permite exclusão. Ela diz “ninguém” será privado de seus bens sem o devido processo legal.

Se a Constituição Federal diz “ninguém” é porque não permite exceção e todos ficam ao abrigo do devido processo legal.⁷⁸

Ou seja, se a Constituição Federal não abriu exceção para que houvesse a mitigação do contraditório e ampla defesa, não poderia qualquer legislação infraconstitucional fazê-lo.

Em igual crítica⁷⁹ às medidas criadas em nome da efetividade processual, Rosemiro Pereira Leal relembra que *o ato jurídico não é ato legiferante que possa abolir norma ou afastar sistemas jurídicos em nome de uma sonhada justiça social pela autocracia do Judiciário*.

5. CONCLUSÃO.

A informatização do Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça, o projeto *Semana da Conciliação* com intimação das partes para uma tentativa de composição amigável⁸⁰ e a força tarefa realizada em inúmeros tribunais com o objetivo julgar o maior número de casos possível para evitar o acúmulo de

⁷⁷ CPC - Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (alteração criada pela Lei 11.672/2008).

⁷⁸ <http://gelsonamaro.sites.uol.com.br/artigo7.html> - Direitos Humanos e Processo Civil.

⁷⁹ “*Apregoa-se que o Processo de Conhecimento é demasiadamente moroso para conviver com a dinâmica das fatispécies instantâneas que reclama soluções velozes nas sociedades superpopulosas e problemáticas de hoje*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p.147.

processos são medidas que trarão a celeridade desejada sem qualquer prejuízo aos direitos constitucionais.

Recentemente foi noticiado que a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou 404 processos no dia 3 de março de 2009, comprovando a mobilização do judiciário em evitar o acúmulo dos processos, tendo ainda como meta, que todos os processos que cheguem em 2ª instância, sejam julgados em até noventa dias.⁸¹

Portanto, a efetividade e celeridade processual devem ser conquistadas sem que seu caminho seja por meio de medidas contrárias aos princípios constitucionais⁸², estes que foram conquistados após séculos de luta contra a tirania e a arbitrariedade ao longo da história da humanidade.

⁸⁰ Importante salientar que diversos autores, como Dierle Nunes, não entendem que o espaço de conciliação é democrático como deveria.

⁸¹ <http://www.tjmg.gov.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=12206>. Consulta realizada em 4 de março de 2009. Ver também: NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático, da Ed. Juruá, 2008..

⁸² “(...) a aplicabilidade do princípio constitucional do processo não abriga espaço para se cogitar a sumarização da cognição, mas possível se falar em sumarização da técnica procedimental, como seria o caso da retirada do efeito suspensivo aos recursos, da executoriedade das sentenças sem novo “processo”, das ações coletivas, e sobretudo, da aplicabilidade da própria lei procedimental civil, no que concerne aos julgamentos conforme o estado do processo, quando as partes expressamente afirma a desnecessidade da produção da prova em audiência, uma vez que o direito à prova é da parte, não se sujeitando ao (in)deferimento pela discricionariedade do órgão estatal judicial”. TAVARES, Fernando Horta. O tempo e o processo. in TAVARES, Fernando Horta (coordenador). **Urgência de Tutela**. 1ª Ed. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 116.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

A Bíblia Sagrada. Editora Sociedade Bíblica do Brasil, Brasília: 1969.132p.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari.** virtualjus, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das Penas.** Tradução Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997 (2ª Reimpressão).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. in FIUZA, Cesar Augusto de Castro, Freire de Sá, Maria de Fátima, DIAS, Ronaldo Bretas C. Dias (coordenadores). **Temas atuais de direito civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo.** 11ª ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil.** São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____ **O processo em sua unidade.** São Paulo: Saraiva, 1978.

LEAL, André Cordeiro, SOAERS, Davidson Dias Vieira, A inconstitucionalidade do art. 71 do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, em face da omissão histórica na implementação de direitos fundamentais. in OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni e MACHADO, Felipe Amorim (coordenadores). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo.** 7ª edição. São Paulo: Forense, 2008.

_____ **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____ **Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=874>>. Acesso em: 24 nov. 2008.

_____ **Processo e Democracia,** www.fmd.pucminas.br, virtua jus, Ano 4, nº 1, julho de 2005.

_____ **Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático.** Virtua jus, www.fmd.br/virtua jus, v. Ano 3, n. nº 1, 2004.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito.** 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____ **Medida Cautelar ex officio e legitimidade decisória.** in TAVARES, Fernando Horta (coordenador). **Urgência de Tutela.** 1ª Ed. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

_____ Processo eletrônico e cognição no direito democrático. Revista Dialética de Direito Processual, edição nº 55, outubro de 2007.

MADEIRA, Hécio Maciel França, **História da Advocacia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7ª edição revistada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – 3º Volume - Direito das Coisas**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do Contraditório**. **Boletim técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**. v.1 jan./jun. 2004. Belo Horizonte, p. 51.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização Administrativa – 2ª ed. rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____ **Direito de Águas no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA, Gelson Amaro. **Direitos Humanos e Processo Civil**. Revista nacional de direito e jurisprudência, Ribeirão Preto, v. 64, p. 11-34, 2005.

TAVARES, Fernando Horta. O tempo e o processo. *in* TAVARES, Fernando Horta (coordenador). **Urgência de Tutela**. 1ª Ed. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

TEIXEIRA, Welington Luzia. **A Instrumentalidade Técnica do Processo**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, v. 60, p. 59-81, 2007.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 6ª ed. ampl. e rev.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Ed. Forense, v. II, 2ª ed., 1.986., pag. 1.116