

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
91771807179000 0 01232
Edição 123 - Outubro de 2010
R\$ 16,90

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A LEI DA FICHA LIMPA SOB A VISÃO DE UM JURISTA

Editorial: AS ESPERANÇAS COM O NOVO CHEFE DA NAÇÃO

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE E DE ISONOMIA

Nelson Luiz Pinto

Professor de Direito Processual da UERJ e da Universidade Cândido Mendes

“ A noção de tutela pode dizer respeito, amplamente, às regras de conduta que compõem um ordenamento jurídico (direito objetivo), visto que ele deve encontrar atuação nos fatos, proporcionando a passagem do abstrato para o concreto, do dever ser para o ser. ”

A tutela jurisdicional efetiva

A outorga da tutela jurisdicional exige o respeito a determinados princípios fundamentais ou gerais do Direito Processual Civil, muitos deles alçados à categoria constitucional.

Partindo-se desses princípios, divisa-se uma tutela constitucional do processo, cujo significado e escopo são os de assegurar a conformação dos institutos processuais aos postulados que advêm da órbita constitucional.

As modernas correntes de filosofia do Direito procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora de direito, na medida em que o preceito legal abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta da pessoa (natural ou jurídica), projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a seu julgamento.

Por outro lado, absolutamente de nada adianta a prestação da jurisdição, como atuação concreta da lei por intermédio do órgão do Poder Judiciário competente, se essa atividade carecer de efetividade, ou seja, se for inócua para aquele que é o titular do direito material invocado.

Essa preocupação já era manifestada por CHIOVENDA, ao asseverar que “o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (“*Dell'azione nascente dal contratto preliminare*”. *Rivista del diritto commerciale*, v. 9, p. 1).

Nessa perspectiva, foi abandonada pela ciência processual a vetusta ideia no sentido de que a simples prestação jurisdicional,



consubstanciada em uma sentença de mérito, seria suficiente para caracterizar a outorga da tutela almejada pela parte, passando a agregar a esse conceito as noções de utilidade e efetividade como elementos dessa tutela.

Entendemos, assim, a tutela jurisdicional como sendo o pronunciamento judicial emanado da autoridade competente dado a favor de quem esteja amparado no plano do direito material, de modo a ser útil e efetivo, assegurando-lhe a sua existência e o seu exercício.

A noção de tutela pode dizer respeito, amplamente, às regras de conduta que compõem um ordenamento jurídico (direito objetivo), visto que ele deve encontrar atuação nos fatos, proporcionando a passagem do abstrato para o concreto, do dever ser para o ser.

Em sentido mais restrito, a mesma expressão pode referir-se a situações jurídicas concretas, que devem ser garantidas por critérios adotados pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual parece correto admitir maior abrangência à locução examinada — tutela jurisdicional —, para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado, devendo ser consideradas, neste aspecto, as chamadas tutelas diferenciadas.

A regra contida no § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil é bastante expressiva neste aspecto e estabelece, para a prestação da tutela específica concernente ao resultado prático almejado, uma série de medidas de suporte, algumas delas atuando indiretamente e outras proporcionando diretamente o bem da vida postulado pelo demandante.

Impende dizer, diante disso, que a tutela jurisdicional não é apenas o pronunciamento judicial dado em favor daquele que afirma ser titular de um direito subjetivo desrespeitado por outrem, mas também um pronunciamento efetivo e útil, sob pena ser frustrada a pretensão daquele que, em face da violação de seu direito, busca guarida e proteção junto ao Poder Judiciário.

Diante disso é inexorável a conclusão de que a eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional e constitui elemento essencial do Estado Democrático de Direito.

As regras que compõem o devido processo constitucional destinam-se a estabelecer as bases do modelo processual brasileiro, conferindo-lhe efetividade, ou seja, aptidão para produzir resultados úteis a todos os que necessitam recorrer à atividade jurisdicional do Estado.

O processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil.

Daí decorre a ideia de efetividade como garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que alicerçam os fundamentos do sistema processual brasileiro. Não basta assegurar, portanto, a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas não tiverem efetivo acesso a ele.

Em razão disso, a inafastabilidade do processo não deve representar garantia formal de exercício do direito de ação, absolutamente o contrário é que deve ocorrer, no sentido de que

“ O modelo processual estabelecido pela Constituição Federal inclui, sem qualquer margem para a dúvida, a **garantia das tutelas cautelares e antecipatórias**, ao estabelecer a **inafastabilidade da atividade jurisdicional do Estado** para as hipóteses de lesão e ameaça a direito (CF, artigo 5º, inciso XXXV). ”

sejam oferecidas e deferidas condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário.

Absolutamente nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos a utilização dos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.

Do mesmo modo, também de nada adianta possibilitar o acesso ao Poder Judiciário daqueles considerados hipossuficientes, se não tiverem condições plenas para o exercício da postulação ou da defesa em juízo, por carecerem de recursos financeiros suficientes para sustentar a questão levada a juízo.

Com o intuito de dar efetiva aplicação à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, artigo 5º, inciso LV), dando a cada uma das partes mecanismos processuais que as coloquem numa situação de igualdade, é que a Lei n. 8.978, de 11 de setembro de 1990 prevê, por exemplo, em seu artigo 6º, inciso VIII, a possibilidade de inversão do ônus da prova, com o fim de facilitar a defesa do consumidor em juízo, pois não teria ele condições econômicas para arcar com o custo para a produção de determinada prova.

A efetividade da tutela jurisdicional pressupõe, conforme será observado mais adiante, um tratamento igualitário entre as partes que estão litigando, em consonância com o princípio constitucional da isonomia (CF, artigo 5º, *caput*).

Tratamento igualitário não significa, evidentemente, tratamento idêntico, até porque, em determinados casos, uma das partes apresenta-se em posição muito mais vantajosa

do que a outra, como ocorre, por exemplo, nas relações de consumo, motivo pelo qual é necessária uma intervenção legal, a fim de que a igualdade seja estabelecida ou mantida.

Ressalta-se, desta forma, que isonomia não significa colocar em confronto as partes litigantes, de forma direta, pura e simplesmente, até porque cada uma delas possui uma realidade diferente da outra, particularmente quando há evidente desequilíbrio econômico entre elas, de modo que reduzi-las à mesma condição processual significaria, na verdade, colocar um dos litigantes em posição de extrema vantagem em relação ao outro.

Por esse motivo, as normas jurídicas de direito material e processual possuem uma *ratio legis* voltada para a tutela de interesses sociais, conferindo ao Poder Judiciário mecanismos que restabeleçam o equilíbrio processual, levando em consideração, dentre outros, o princípio da proporcionalidade, conforme será observado mais adiante.

2. Os modos pelos quais pode ser veiculada a tutela jurisdicional

Efetividade da tutela jurisdicional significa que todos devem ter pleno acesso à atividade jurisdicional estatal, sem qualquer óbice; ter a seu dispor meios adequados para a obtenção de um resultado útil do processo, isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material.

O direito de agir em juízo, assegurado em sede constitucional, não se exaure em si mesmo, devendo ser examinado em função da tutela pretendida, que deve ser efetiva, real, útil. O

que interessa para o destinatário da prestação jurisdicional é a possibilidade concreta de obter proteção ao direito substancial afirmado, e não, ao contrário, ser indenizado em razão das lesões sofridas, particularmente quando essas lesões são pulverizadas em função do grande número de pessoas atingidas, como, por exemplo, os consumidores, destinatários finais que são de produtos ou serviços, hipótese em que até a pretensão de ressarcimento é, muitas vezes, impossível, na medida em que é praticamente inviável a identificação de cada uma das pessoas que tenham sofrido prejuízo, bem como a aferição da extensão desse prejuízo.

Essa visão da garantia constitucional da ação leva à conclusão de que o Estado deve colocar à disposição das pessoas meios adequados para concreta e integral satisfação dos direitos. É necessário proporcionar acesso à tutela jurisdicional efetiva.

O instituto da antecipação de tutela, previsto no Código de Processo Civil em seus artigos 273 e 461, possui origens que remontam à Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 — Lei da Ação Popular —, à Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 — Lei da Ação Civil Pública — e possui nítida influência da Lei n. 8.978, de 11 de setembro de 1990 — Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A antecipação de tutela tem por objetivo a imediata outorga de parte dos efeitos práticos que somente seriam alcançados com a edição da sentença de mérito, via de regra após o seu trânsito em julgado. Essa tutela diferenciada pode ser deferida em razão da urgência na obtenção do resultado prático postulado pela parte, e que somente seria alcançado na sentença, ou em função do abuso do exercício do direito de defesa da parte contrária, e destina-se à própria satisfação da pretensão deduzida em juízo, no plano do direito material.

Ademais, conforme foi observado alhures, ainda que não se expressasse previsão legal no sentido de ser possível a concessão de tutela provisória, quer no âmbito cautelar, quer no âmbito da antecipação de tutela, ainda assim poder-se-ia cogitar a outorga de provimento jurisdicional equivalente, em função das regras pertinentes à inafastabilidade do Poder Judiciário quanto à apreciação de lesão ou ameaça de direito (CF, artigo 5º, inciso XXXV) e à garantia do exercício constitucional de petição, nele incluído o exercício do direito de ação (CF, artigo 5º, inciso XXXIV, letra “a”), invocando, inclusive, os princípios constitucionais da isonomia, assim entendido como o de paridade de armas para que haja igualdade processual e, ainda, o princípio da proporcionalidade, na medida em que não seria razoável sacrificar o direito daquele que tem razão, apenas e tão somente para se prestigiar o formalismo processual.

A garantia constitucional do direito de ação, portanto, não está limitada às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar e as chamadas tutelas diferenciadas, merecendo destaque a antecipação de tutela, estão incluídas no âmbito de proteção que a Constituição Federal defere ao direito de ação, que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional.

A possibilidade de o juiz determinar medidas provisórias, cautelares ou antecipatórias de tutela, está ligada ao poder geral de cautela do julgador.

O modelo processual estabelecido pela Constituição Federal inclui, sem qualquer margem para a dúvida, a garantia das tutelas cautelares e antecipatórias, ao estabelecer a inafastabilidade da atividade jurisdicional do Estado para as hipóteses de lesão e ameaça a direito (CF, artigo 5º, inciso XXXV).

A previsão no sistema normativo de medidas processuais adequadas e úteis para a efetividade do processo, para com isso garantir a existência do próprio direito material, além de afastar o perigo de ineficácia decorrente da demora da prestação jurisdicional, constitui componente inafastável do próprio direito constitucional à ampla defesa.

3. O conteúdo jurídico dos princípios da isonomia e da proporcionalidade em relação à prestação da tutela jurisdicional

As discussões travadas em torno do princípio da isonomia têm ocupado lugar de destaque entre os filósofos, filósofos do direito, processualistas, constitucionalistas, enfim, entre os juristas que se preocupam não apenas com o direito no seu aspecto formal, mas também e principalmente com seu aspecto de Justiça.

Durante muito tempo foi corrente a aceção ditada por ARISTÓTELES de que isonomia seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, com a qual, de modo geral, concordavam os juristas, sem, contudo, se aperceberem de que haviam apenas transferido para outro patamar o grau da discussão, sem resolver a questão de se saber, efetivamente, o que seria isonomia.

Iso porque é necessário identificar as pessoas que seriam consideradas iguais daquelas que seriam consideradas desiguais, para, a partir daí, outorgar-lhes tratamento diferente.

Ademais, tanto aqueles que estariam encartados numa posição de igualdade como aqueles numa posição de desigualdade possuiriam entre si peculiaridades que os tornariam diferentes uns dos outros, motivo pelo qual é pragmaticamente impossível dar-lhes um tratamento igualitário ou diferenciado, sem que, adotando uma ou outra posição, houvesse o risco de se causar prejuízos a uns ou a outros decorrentes de uma injusta discriminação.

Enfim, quem são os iguais e quem são os desiguais?

Uma solução para essa questão é encontrada na Constituição Federal vigente, observada em Cartas anteriores, que determina: “todos são iguais perante a lei (...)”.

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações à moda que as pessoas compreendidas em uma ou outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Onde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos. Exemplificando, cabe observar que as sociedades comerciais guardam, por lei, prerrogativas e deveres diferentes dos que pertinem às sociedades civis;

aos maiores é dispensado tratamento inequívoco àquele outorgado aos menores; aos advogados se deferem certos direitos e encargos distintos dos que calham aos economistas ou aos médicos, também diferenciados entre si no que concerne às respectivas faculdades e deveres” (“Conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, pp. 12 e 13, 3. ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 1998).

Conclui-se, diante disso, que somente a lei pode apresentar elementos válidos de discriminação entre as pessoas, reciprocamente consideradas, bem como em relação às coisas e aos fatos juridicamente relevantes.

Tal discriminação legal, entretanto, não é absoluta, pois encontra limite na própria Constituição Federal e aos princípios por ela adotados, conforme se depreende dos termos do §2º do artigo 5º.

Evidentemente que o princípio da isonomia deve ser considerado não apenas pelo legislador, no momento da elaboração da norma jurídica, mas também e principalmente pelo Poder Judiciário, que tem a função fundamental de interpretar a norma jurídica e aplicá-la, de acordo com a finalidade social a que se destina.

É preciso, ainda, considerar que o legislador, ao editar uma norma reguladora de condutas humanas, o faz sempre em atenção a uma finalidade específica, mesmo que esta não esteja previamente fixada na Constituição, porém nunca contrária a ela. O fim pretendido pela lei tem de ser obtido por um processo de interpretação no momento em que ela é questionada.

Sob esse enfoque, o problema da igualdade é solucionado pelo princípio da proporcionalidade, que, segundo SUZANA DE TOLEDO BARROS, “foi cunhado como forma de limitação do poder de polícia, no âmbito administrativo, para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos dos cidadãos (...). Tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus (“O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, p. 210, 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. Destaques do original).

Diante do princípio da proporcionalidade, extraído da Constituição Federal de seus artigos 1º, inciso III; 5º, *caput*, e incisos II, XXXV e LIV, e seus §§1º e 2º; 60, §4º, inciso IV, correlato dos princípios da isonomia e da reserva legal, para a verificação do respeito de uma lei ou decisão judicial ao postulado da isonomia, estas devem ser analisadas nos seus aspectos intrínsecos, em consonância com a *mens legis*.

Com efeito, constata-se o respeito, ou não, aos princípios da isonomia e da proporcionalidade quando se analisa a decisão judicial confrontando-a com os aspectos fáticos da causa e com a qualificação jurídica que lhes foi dada, em outras palavras, se foi correto o procedimento de subsunção dos fatos à norma jurídica aplicável, ou que deveria ser aplicada ao caso concreto.

Havendo conflito aparente de normas, posto que é extremamente raro o conflito real (antinomia de segundo grau), é preciso definir qual delas deve prevalecer para ser aplicada ao caso concreto, sendo que essa definição é atingida mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Esse procedimento é imprescindível em relação àquelas hipóteses em que dois interesses juridicamente tutelados, mas conflitantes entre si, são colocados um diante do outro, sendo que apenas um deles poderá ser prestigiado pelo Poder Judiciário, circunstância que implicará, evidentemente, no sacrifício do outro interesse.

Reconhece-se que o legislador possui uma ampla liberdade de valorar as situações da vida, as relações entre as pessoas e coisas, estabelecendo regras diversas de distribuição de vantagens e ônus, segundo as notas características colhidas e o fim por ele eleito para a satisfação de necessidades práticas.

Esta liberdade de conformação ampla deve guiar-se pela Constituição, sopesar os valores e metas eleitos como fundamentais e, também, realizar o programa ideológico nela contido, relevando destacar o respeito ao princípio da isonomia acima mencionado e, caso haja eventual colidência de interesses juridicamente tutelados, deve ser tutelado aquele cujo sacrifício seja de difícil ou impossível reparação.

A antecipação de tutela apresenta-se, neste aspecto, não apenas como um meio para assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e de poderes, visando propiciar um verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar, assegurando o resultado do processo em razão da desproporcionalidade de condições e de poderes entre os litigantes, em decorrência, principalmente, de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante “mais forte” sobre o “mais fraco”.

Também em relação à antecipação de tutela, esta sempre poderá acarretar risco de irreversibilidade no plano empírico. Esse risco, entretanto, pode decorrer tanto do deferimento, como do indeferimento da tutela antecipada. De qualquer forma, quer seja deferida, quer seja indeferida a antecipação de tutela, o juiz ou tribunal estará beneficiando uma das partes da demanda, em detrimento da outra. Nesses casos, atua o princípio da proporcionalidade, devendo o juiz ou o tribunal evitar o risco ou o prejuízo maior, protegendo aquela parte da demanda processual considerada mais fraca, cujo interesse prepondera em relação ao da outra parte, por ter menor possibilidade de suportar o risco da irreversibilidade.

O Poder Judiciário, por conseguinte, aparelhado com leis que viabilizam uma rápida e eficaz proteção àquelas pessoas que

“ Absolutamente nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos a utilização dos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício, garantia de existência e utilidade dos direitos postos em discussão em juízo. ”

se encontram em situação de desvantagem econômica, ou em relação a bens e interesses relevantes para a sociedade, assim considerada em seu conjunto, não deve vacilar em outorgar a tutela jurisdicional almejada.

4. Conclusões

O processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil.

Absolutamente nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos a utilização dos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício, garantia de existência e utilidade dos direitos postos em discussão em juízo.

Do mesmo modo, também de nada adianta possibilitar o acesso ao Poder Judiciário daqueles considerados hipossuficientes, se não tiverem condições plenas para o exercício da postulação ou da defesa em juízo, por carecerem de recursos financeiros suficientes para sustentar a questão levada a juízo.

Somente a lei pode apresentar elementos válidos de discriminação entre as pessoas, reciprocamente consideradas, bem como em relação às coisas e aos fatos juridicamente relevantes.

A discriminação legal não é absoluta. Encontra limite na própria Constituição Federal e nos princípios por ela adotados.

Havendo conflito aparente de normas, posto que é extremamente raro o conflito real (antinomia de segundo grau), é preciso definir qual delas deve prevalecer para ser aplicada ao caso concreto, sendo que essa definição é atingida mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

A antecipação de tutela apresenta-se, portanto, não apenas como meio de assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e poderes, visando propiciar um litígio autêntico, com verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar e de assegurar o resultado do processo em razão da desproporcionalidade de condições e de poderes entre os litigantes; em razão principalmente de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante “mais forte” sobre o “mais fraco”. Estes aspectos também justificam não apenas a concessão, mas também a manutenção da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela sempre poderá acarretar risco de irreversibilidade no plano fático, material. Esse risco pode decorrer tanto da concessão, como também da não concessão da antecipação de tutela.

Na verdade, tanto ao deferir como ao indeferir ou revogar a antecipação de tutela, o juiz estará beneficiando um polo da relação processual em detrimento do outro, gerando uma situação de perigo às vezes irreversível.

Nestes casos, ante o princípio da proporcionalidade, devendo o juiz ou tribunal evitar o risco maior, deverá proteger aquele polo da relação processual considerado mais fraco, ou cujo interesse prepondera em relação a outro, posto que terá menos condições de suportar o risco da irreversibilidade.

Assim, concluímos que existem hipóteses em que a antecipação de tutela se impõe, não apenas como garantia de efetividade do processo, mas também e principalmente como condição de estabelecimento da isonomia processual. 