

Tutela provisória como instrumento de acesso à Justiça

Francisco José da Silva*

RESUMO: O presente artigo analisará as tutelas de urgência e de evidência como mecanismos que alcancem a efetividade, sem prejuízo da celeridade necessária à melhor entrega da prestação jurisdicional. Para tanto, foi realizada a revisão bibliográfica de estudos acerca do modelo de processo tradicional, das tutelas provisórias, princípios processuais da celeridade, acesso à Justiça e efetividade. Busca-se, com o presente, explorar a importância dos institutos e normas jurídicas que permitem diminuir o antagonismo atualmente presente entre a efetividade e o tempo, harmonizando essa relação a despeito do excesso de burocracia, utilizando, especialmente, as tutelas de urgência, satisfativa ou cautelar, e de evidência.

Palavras-chave: Tutela provisória. Urgência. Evidência. Celeridade. Efetividade.

Introdução

O presente trabalho tem por finalidade ressaltar a necessidade de utilização de normas jurídico-processuais capazes de viabilizar a composição de conflitos de interesses sociais, individuais ou coletivos, com eficácia e tempestividade satisfatórias, de modo que o jurisdicionado não fique à mercê da burocracia jurídica para cessação de uma ameaça ou lesão a direito, visando a atender ao comando do art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

O Direito é o garantidor da convivência social harmônica, na medida em que sua função precípua é de orientação e coordenação dos multifacetados interesses contrapostos que surgem na vida social, de maneira a compor os conflitos que se verificam entre seus membros. A respeito, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco asseveram que a função da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o do justo e do

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeira de Itapemirim (1984), pós-graduado *latu sensu* em Direito Penal e Processo Penal, pela Faculdade de Direito Vale do Rio Doce, FADIVALE (1999-2000) e mestre em Direito Público e Cidadania pela Universidade Gama Filho (2005), professor (2001-2019), Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na 4ª Vara de Família da Comarca de Juiz de Fora.

equitativo, de acordo com a convicção prevalecente em cada época (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 19).

O Direito não é o único sistema de regras que procura estabelecer controle social; todavia, destaca-se de outros mecanismos, como as normas morais e as de etiqueta social, como o mais soberano dos meios de controle social, hábil a possibilitar a superação dos conflitos que gerem ameaça ou lesão a direito.

Em um país que conta com mais de 1.700 faculdades de Direito, número superior à soma dos estabelecimentos existentes no restante do mundo, tal situação, com a conseqüente proliferação de profissionais na área, implica imensa judicialização dos mais variados temas, abarrotando o Poder Judiciário, que, sem estrutura de pessoal e tecnologia, não consegue prestar o serviço jurisdicional com a rapidez almejada pela sociedade, principalmente os mais carentes e que demandam em face do Estado e de grandes grupos.

Viver em sociedade significa experimentar, a cada dia, experiências novas, desde as cotidianas, como relações de consumo e as que resultam do trânsito de pessoas e veículos, até situações mais específicas, como as que decorrem de problemas familiares, profissionais ou individuais. Todas podem gerar diversos conflitos, o que, na ausência de outra instância social capaz de auxiliar na composição de tais conflitos, ocasiona o ingresso de múltiplas ações no Poder Judiciário, no legítimo exercício do direito de ação. E fica sempre a pergunta: o direito produzido, na prática, pelos membros da Magistratura, por si só, é capaz de superar as divergências sociais com eficácia e rapidez? A resposta é imediata: não.

Sem dúvida alguma, a maior crítica que se faz atualmente ao Poder Judiciário é sua lentidão. Não é a única, mas, à unanimidade, a mais grave.

Não basta que o conjunto das normas jurídicas estabeleça regras de convivência em sociedade. Tais normas, por si só, mesmo quando dotadas de coerção, não são observadas por todo o corpo social, o que leva ao surgimento de conflitos de interesses em que não há uma sujeição voluntária, oportunidade em que se reclama a intervenção do Poder Judiciário, para dizer o Direito e distribuir a justiça, já que o Estado assumiu a obrigação, perante a sociedade, de compor os conflitos de interesses.

Piero Calamandrei observa que, “na maioria dos casos, o direito, embora existente, não é violado, pois o indivíduo ajusta-se ao preceito concreto da lei e este instrumento passa até mesmo despercebido” (CALAMANDREI, 1999, p. 105).

A justiça privada ou autotutela, salvo em raríssimas hipóteses, não está à disposição da pessoa que teve um bem juridicamente protegido violado por outrem, devendo, nesses casos, procurar o Estado, que precisa dar uma resposta rápida para cessar a ameaça ou lesão a direito, não podendo a pessoa que aparentemente é titular de direito passível de proteção aguardar o tempo de tramitação do processo para obter o pronunciamento judicial, que, como se sabe, na imensa maioria dos casos, pode durar um tempo que, ao invés de cicatrizar a lesão jurídica, aumenta a dor e o descrédito do sistema de justiça.

É preciso oferecer uma resposta rápida, com inversão do tempo em prejuízo daquele que provocou a ameaça ou lesão de direito e que aparentemente não tem razão.

As tutelas provisórias de urgência e evidência servem a esse desiderato, ou seja, prestam-se a entregar, de forma célere, o bem da vida discutido nos autos a quem aparentemente tem razão ou assegurar ao vencedor, desde logo, a eficácia do pronunciamento final.

1 Atividade jurisdicional

A diversidade da sociedade brasileira é uma marca de sua constituição, desde sua origem; daí decorrem os mais variados conflitos sociais, seja por conta das diferenças políticas, de raça, gênero, etnia, condições socioeconômicas, etc.

O Direito criado pelo Estado é responsável por manter o controle e a paz social, em razão da inobservância espontânea do dever de respeito aos interesses e bens alheios, por meio de suas regras heterônomas dotadas de coercibilidade, que impõem condutas e compõem conflitos de interesse.

No Estado Democrático de Direito, o direito deve ser dito pelo Estado-Juiz, uma vez que, como regra, a justiça privada foi banida da organização do tecido social. Pode-se afirmar que a finalidade primordial da jurisdição é a pacificação social, sem perder de vista que a atividade jurisdicional busca a educação para o exercício da cidadania, a manutenção do valor liberdade, a participação nos destinos da nação e do Estado, a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade desse Estado, além da atuação da vontade concreta do direito, consubstanciado, nesse particular, o seu escopo jurídico (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 25).

Nesse estágio jurídico-social, deve a sociedade procurar mecanismos processuais que permitam uma rápida resposta do Estado ao cidadão que exerce o direito de ação em face de uma ameaça ou violação a um direito tutelado pelas normas jurídicas vigentes. É inconcebível que alguém, titular de um direito material, busque a proteção desse direito, e o Estado se mostre incapaz de assegurá-lo.¹

Não se pode permitir que aquele que aparentemente tem razão veja o tempo interferir negativamente na cessação da ameaça ou recomposição da lesão. O processo não pode servir àqueles que não demonstram serem inválidos os argumentos e provas produzidas pelo demandante em cognição sumária ou exauriente, permitindo que se aproveitem do adiamento do momento processual em que o juiz irá analisar a concessão da medida de resguardo do direito.²

2 O acesso à Justiça

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, dispõe que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consagrando o princípio do direito de ação, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Estabelece a norma constitucional que o cidadão tem acesso à Justiça para pleitear tutela inibitória, visando à prevenção do dano, em caso de ameaça a direito, ou a tutela reparatória, uma vez concretizado o dano.

Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, o mencionado texto constitucional não prevê apenas que o indivíduo tem direito de ir a juízo invocar o direito abstrato de ação; confere o legislador constitucional ao demandante direito à prestação de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (MARINONI, 2002b, p. 18). As normas jurídicas processuais, em cumprimento do mandamento constitucional,

¹ José Roberto dos Santos Bedaque ensina que a eficiência da função jurisdicional do Estado está intimamente relacionada não só com o desenvolvimento em concreto do instrumento pelo qual ela opera, mas principalmente pelos resultados obtidos. São necessários, para o processualista, mecanismos adequados às exigências das relações materiais. Para ele, deve o sistema processual ser dotado de meios aptos a solucionar as diversas espécies de controvérsias, cada qual com suas especificidades (BEDAQUE, 1998, p. 13).

² Luiz Guilherme Marinoni afirma que “é preciso que se perceba que o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que o autor não tem razão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar” (MARINONI, 2002b, p. 22).

deverão ser capazes de tornar efetivo, adequado e tempestivo o direito de invocar a prestação jurisdicional.

O caminho para se obter o pronunciamento judicial acerca do direito subjetivo material invocado se encontra no processo. Assim, sempre que uma pessoa procura o Estado para pedir proteção judicial, deverá, observando as regras processuais, fazê-lo através do processo, que é o modo institucionalizado para a atuação do Estado-Juiz. Como leciona Carreira Alvim, o processo

É a um só tempo, meio de realização de um dos fins do Estado, que é a preservação da paz social, e meio pelo qual a parte faz valer a sua pretensão em Juízo. Assim, se de um lado atende um interesse particular que é o direito subjetivo da parte, de outro norte há um interesse eminentemente público, que é a atuação da lei. Além disso, como já mencionado acima, há um interesse do Estado, o qual se consubstancia na pacificação dos contendores e, por via de consequência, a pacificação social (ALVIM, 1997, p. 19).

O acesso à Justiça não pode ser reconhecido simplesmente como participação na relação processual, mas como o direito de obter uma resposta do Estado à pretensão exercida, de forma rápida e eficaz. Deve ser solidificado através da efetividade do processo e da utilidade das decisões.

Para Cappelletti, a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser acessível a todos; em segundo lugar, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 8).

Oportuna a lição de Marinoni:

[...] o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação na gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável; responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra e ser escutado. É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins (MARINONI, 2002a, p. 28).

Não basta o legislador constitucional estabelecer que a pessoa tem direito ao acesso à Justiça. É preciso que o conjunto das leis infraconstitucionais permita acesso pleno a uma resposta estatal sobre o direito subjetivo material invocado, de forma a compor os conflitos sociais, pacificando a sociedade. Para isso, além de

possibilitar o acesso ao sistema judiciário, por meio do processo, é preciso dotar as decisões de eficácia e principalmente de celeridade. Só é razoável afirmar que a pessoa tem pleno acesso à Justiça se ela realmente tiver meios para ingressar no sistema e se este propiciar respostas rápidas aos seus anseios. Tal resposta pode e deve ocorrer na decisão final do processo, em cognição exauriente, mas também em cognição sumária, nas decisões de pedidos de tutelas provisórias de urgência ou evidência.

3 A crise do modelo processual tradicional

Como já consignado, a sociedade contemporânea se revela extremamente complexa e, na medida em que se moderniza tecnologicamente, transformando o planeta, reduzindo distâncias e tempo, as relações sociais, por mais paradoxal que possa parecer, são dificultadas, e há uma crescente diversidade entre seus membros, gerando enorme crescimento de demandas, exigindo uma resposta rápida e eficiente do Estado, através de sua função jurisdicional, para se obter e manter a paz social, indispensável em um Estado Democrático de Direito.

O Estado precisa estar presente junto ao cidadão que exerce seu direito de ação, respondendo de forma rápida e eficiente para fazer cessar ameaça ou lesão a direito tutelado pela norma jurídica. Essa questão se revelou de modo mais evidente após o fim do regime militar, com a edição da Constituição Federal de 1988, que destacou a tutela da cidadania; no atual regime constitucional, o “acesso à ordem jurídica justa” é absolutamente indeclinável.

Como é natural nas sociedades democráticas, quanto mais se organiza politicamente o Estado, mais se limita a utilização da autodefesa, não por resultar do contrato social entre o Estado e o indivíduo, mas pela atuação natural da finalidade do Estado. Converte-se, assim, o processo em “instrumento de justiça nas mãos do Estado”, como disse Chiovenda (1998, p. 57).

Dinamarco observa que a doutrina internacional de processo civil vem destacando, desde os meados do século XX, a necessidade de mudanças no ordenamento processual, sempre na esteira do entendimento de que o processo não pode se afastar do princípio da efetividade, sob pena de lhe faltar legitimidade. Como destaca o renomado processualista, o movimento de reforma encontra defensores de escol, como é o caso de Mauro Cappelletti e Vitorio Denti na Itália, os

quais, juntamente com seus seguidores nos continentes europeu e americano, vêm pugnando pela efetivação da ideia de “acesso à Justiça”. Para eles, o “acesso à Justiça” compreende a obtenção de resultados justos. Não tem “acesso à Justiça” aquele que nem sequer conseguiu ser ouvido em juízo, bem como todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem. Deve-se buscar, de maneira contínua, a universalização da tutela jurisdicional, sem fazer proselitismo com o tema (DINAMARCO, 1995, p. 19-20).

4 As exigências da sociedade contemporânea: uma tutela jurisdicional célere e efetiva

Nos dias atuais, a sociedade clama por um processo célere e efetivo, como destaca Marinoni:

[...] o processo de conhecimento clássico não foi estruturado para atender a uma pretensão de tutela preventiva, o que se afigura extremamente grave quando se percebe que os direitos não patrimoniais, aí relacionados os direitos da personalidade e os denominados ‘novos direitos’, não se compadecem de outra forma de proteção. Embora os direitos não patrimoniais devam ser tutelados de forma preventiva, para não sofrerem dano, a ordem instrumental não lhes socorre (MARINONI, 2002a, p. 55).

Segundo o autor, a classificação trinária das sentenças — ou seja, repartição em sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias — não é idônea para a prevenção de conflitos, uma vez que apenas essas espécies de prestação jurisdicional são impotentes para impedir a violação de um direito, ou mesmo para impedir a reiteração ou a continuação do ilícito.

Para Andrea Proto Pisani, um sistema que consagra direitos não patrimoniais e não ajusta procedimentos adequados para permitir sua efetiva tutela — que, em muitos casos, não é a tutela ressarcitória — é um sistema incompleto ou falho (PISANI *apud* MARINONI, 2002a, p. 96).

A justiça materializa-se no processo, e esse instrumento, mesmo com as reformas do CPC/1973 e com a edição do CPC/2015, não se mostra adequado aos legítimos interesses dos jurisdicionados. Deve-se partir da moderna concepção processual da finalidade de seu contexto para dar sentido e tornar eficaz a atuação da Justiça, na conciliação e na efetivação do julgado, com o valor segurança jurídica. Efetividade e instrumentalidade processuais são elementos fundamentais a

se afirmarem em qualquer reforma ou edição legislativa, na busca de soluções para os problemas trazidos à apreciação do Judiciário, ao lado de outros princípios que regem o processo civil, como o devido processo legal e o acesso à Justiça. Às garantias constitucionais formais devem ser acrescentadas as garantias sociais.

No ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, o problema da tutela jurisdicional é, no momento atual, um tanto mais relevante, visto que o processo se encontra sob o crivo da “efetividade” dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade (FUX, 1996, p. 308). Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma crise, passível de ser solucionada com novos instrumentos, diante desse fenômeno dos “novos direitos” ou “novos anseios”.³

O grande desafio a ser enfrentado é compatibilizar a celeridade necessária com o valor segurança jurídica, para que o jurisdicionado encontre no Poder Judiciário uma resposta para os seus anseios, promovendo, em última análise, a cicatrização das lesões sociais e alcançando-se, como corolário, a paz social.

Kazuo Watanabe lembra que o acesso à Justiça e seus correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela potencialidade do uso, pela sua virtualidade, do que pela efetiva utilização (WATANABE, 1992, p. 496). À medida que a sociedade crer que a resposta do Estado para composição dos conflitos de interesses será rápida, eficaz e justa, certamente a norma abstrata será mais intensa e frequentemente cumprida, reduzindo-se o número de demandas ajuizadas. O cidadão ofensor não pode acreditar que o processo atenderá a seus anseios de prorrogação indefinida da obrigação de evitar ou reparar o mal causado. O processo não pode servir a quem aparentemente não tem razão, em detrimento do ofendido.

A efetividade do processo, através da racionalização dos diversos procedimentos, e a agilização da efetiva prestação reclamada pelo demandante devem ser os pontos cruciais de preocupação dos estudiosos e de todos os operadores do Direito. O tempo é, sem dúvida, fator de angústia para o

³ A tutela do direito evidente, conforme anota Fux, pertence ao campo da “justiça”, e não estritamente ao campo do direito. A Escola da “norma fundamental” de Hans Kelson, bem como os “neopositivistas”, não enxergam o valor “justiça” como fundamento do direito senão como uma “aspiração emocional”. Entretanto, o processualista informa que está convencido pela doutrina de Miguel Reale, segundo a qual, a “teoria da justiça”, como fundamento do Direito, nunca alcançou contornos tão vivos como no atual momento, sobretudo à medida que vieram adquirindo maior profundidade os estudos de axiologia ou da teoria dos valores (FUX, 1996, p. 308).

jurisdicionado que ingressa em juízo procurando inibir a ocorrência de um dano em face de um ato ilícito ou ressarcir-se em face de dano provocado por ato ilícito, haja vista que, na atualidade, comumente precisa esperar por anos, até que inicialmente o juiz declare o seu direito e, em seguida, possa promover execução para o que lhe foi reconhecido como devido.

5 A necessidade de valorização do comando que encerra a tutela jurisdicional

Sempre que há ameaça ou lesão ao direito, o Estado deve reagir, atendendo a uma provocação do particular ou até mediante a sua própria iniciativa, em alguns poucos casos, contra a violação do Direito positivo, utilizando-se de meios que constituem o que Calamandrei denominou “garantia jurisdicional”:

[...] da coercibilidade do direito, fundada sobre o estabelecimento dos meios práticos de garantia jurisdicional mediante os quais a coercibilidade pode, em caso de necessidade, transformar-se em coação efetiva, decorre que toda norma jurídica na sua completa formulação não contém somente um mandato, dirigido aos coassociados, de observar um certo comportamento no caso de que se verifiquem determinadas circunstâncias previstas como possíveis, senão que contém, além disso, explícita ou implicitamente, o anúncio (a *praeformata tutela* de Vico), do que o Estado fará quando aquele mandato não seja obedecido em concreto; anúncio que se resolve depois na prática em outro mandato, secundário e acessório do primeiro, pelo qual o Estado ordena — norma primária e norma sancionatória — aos próprios órgãos (jurisdicionais) observar certo comportamento no caso de que o mandato primário tenha sido inobservado (CALAMANDREI, 1999, p. 111).

Essa garantia jurisdicional se estabelece através de um comando estatal, como forma de manter íntegro o conjunto das normas jurídicas que impõe regras de convívio social, através do poder de coercibilidade que lhes é inerente. O Estado, que possui o monopólio das funções legislativa e judiciária, estabelece normas que visam a regradar condutas e compor conflitos de interesses, quando tais normas são descumpridas.

Em face da formalidade que envolve os atos processuais, e também pelo fato de primeiramente o Estado conhecer do Direito alegado pelas partes e, em alguns casos, necessitar de liquidação desses direitos para, ao final, permitir a execução de seu julgado, com entrega do bem discutido nos autos ao vencedor (processo de execução), o comando jurisdicional se faz, pelo menos temporariamente, frustrado, em razão da demora no tempo, que, muitas vezes, beneficia quem sucumbiu no processo de conhecimento.

A edição do Código de Processo Civil de 2015 não resolveu a contento a distribuição do tempo para minimizar os danos que sua passagem pode provocar ao vencedor da demanda. A estruturação trinária da prestação judicial em muito contribui para essa situação tão reclamada pela sociedade.

As mudanças apresentadas pelo “novo” Código ainda são discretas, haja vista que a mandamentalidade ou a executividade *lato sensu* são determinadas apenas em relação às decisões antecipatórias e a algumas ações específicas, e não, como regra, à decisão final dos processos em geral, o que poderia, em muito, facilitar a rápida entrega da prestação jurisdicional, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Essa situação precisa ser analisada e discutida por legisladores e juristas, para se encontrar uma solução que traga aos litigantes, em especial aos autores, em regra prejudicados com a demora na tramitação processual, o fim da espera pela solução devida, muitas vezes excessivamente prolongada. Vale ressaltar que o sincretismo entre cognição-execução para valorizar a atividade jurisdicional pode ser concedido em fase inicial do processo, baseado, no mais das vezes, em cognição sumária, que pode não ser urgente, como no caso das tutelas provisórias de evidência. É possível e desejável dotar também as sentenças terminativas dos mesmos instrumentos de reforço de eficácia, se proferidas não mais em juízo de probabilidade de cognição sumária, mas em juízo de certeza jurídica, de cognição exauriente. A respeito, precisa a lição de Marinoni:

Não parece racional, por outro lado, obrigar o autor a esperar o tempo do duplo grau de jurisdição quando o juiz já declarou a existência do direito que foi afirmado em juízo. Parece, em outras palavras, que a sentença deveria ter, em regra, executividade imediata, e não executividade subordinada ao trânsito em julgado e à coisa julgada material. Esta ideia não foi acolhida pela denominada ‘2ª etapa da reforma do Código de Processo Civil’, embora os fundamentos não tenham sido revelados de forma clara. Ao que parece, será preciso esperar o esgotamento total do sistema tradicional de distribuição de justiça para as ‘coisas’ poderem ser modificadas (MARINONI, 2002b, p. 25).

6 As tutelas provisórias previstas no CPC que permitem reduzir os danos do tempo no acesso à Justiça efetivo e justo

O Direito Processual brasileiro, como regra, é tímido para rápida entrega da prestação jurisdicional. Essa timidez pode ser atribuída à ainda prevalente

mentalidade formalista e economicista que inspira o Direito Processual e o Direito Civil pátrios.

A tradição do Direito Processual Civil brasileiro — Códigos de 1939 e 1973 e o atual de 2015 — trata a primeira fase da demanda (processo de conhecimento) como geradora de sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, como foi concebido pelo Direito Romano, sem que as sentenças possam ser efetivadas logo após sua prolação, devendo-se aguardar, pelo menos, outra demorada fase, que é a de execução/cumprimento de sentença. Em alguns casos, há ainda uma fase intermediária, a de liquidação da sentença (arts. 509 e seguintes do CPC), que pode se dar pelo demorado procedimento comum. Todas essas fases podem envolver meios de impugnação e recursos com efeito suspensivo, que atrasam sobremaneira a entrega da prestação jurisdicional, enfraquecendo o conceito amplo de acesso à Justiça, cuja efetivação demanda garantia de uma Justiça justa, rápida e eficaz.

Com o advento da Constituição de 1988, esse entendimento está sendo reestruturado minuciosamente. É que, com a constante atualização da compreensão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, tornou-se não só possível o acesso formal aos órgãos jurisdicionais de controle, como também a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça. Isso representa a promessa de preordenação dos instrumentos processuais adequados à concretização da garantia de “acesso à ordem jurídica”, que deve ser adequada, efetiva e tempestiva, compatibilizando-se aquela garantia com a insculpida no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF.

Para atender ao comando constitucional que estabelece o acesso à Justiça rápido, eficaz e justo, é preciso dotar o processo civil brasileiro de instrumentos capazes de distribuir o tempo do processo entre os litigantes, de forma que o autor, a que aparentemente assista razão e tenha urgência no atendimento se sua pretensão ou cujo direito seja evidente, possa obter o provimento judicial com efetividade e celeridade, ainda que com caráter provisório, e não apenas, ao final, com a declaração judicial a seu favor.⁴ Nesse sentido, sustenta Marinoni:

É preciso que, ao tempo do processo, seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo,

⁴ Luiz Fux anota: “A tutela satisfativa compatibiliza-se com aquilo que denominamos ‘situação de segurança’ e ‘situação de evidência’. Em ambos os casos, o processo, para cumprir o seu desígnio, deve instrumentalizar-se de tal forma, que torne rápida e efetiva a proteção requerida” (FUX, 2001, p. 57).

ou terá uma maior capacidade de eliminar, com justiça, as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão (MARINONI, 2002b, p. 15).

Pretendendo atender aos anseios da sociedade e, em especial, aos dos ofendidos que não podem esperar por uma demorada manifestação final do Poder Judiciário, reduzindo o tempo do processo para o autor que tem aparente razão, o legislador criou a Tutela Provisória, no Livro V da Parte Geral do CPC/2015. Nesse capítulo, o legislador aglutinou as medidas cautelares, extinguindo o Processo Cautelar previsto no CPC/1973, criando a tutela provisória de urgência cautelar e satisfativa e também a tutela de evidência.

7 Tutelas provisórias de urgência

Para concessão das tutelas de urgência, que podem ser antecedentes ou incidentais, o julgador deverá analisar a probabilidade do direito invocado e a demonstração de perigo de dano ou ilícito, ou ainda o comprometimento do resultado útil do processo que a demora pode provocar.

O art. 300 do CPC superou a distinção estabelecida com as reformas do CPC de 1973, entre os critérios legalmente previstos para concessão da medida satisfativa e da cautelar, passando a exigir tão somente a probabilidade do direito e o perigo na demora.

O juiz deve levar em conta, para satisfazer ou acautelar o direito do demandante, a plausibilidade da existência do direito invocado no momento de análise da concessão da medida. Por se tratar de concessão de tutela provisória, em momento posterior, a plausibilidade pode não se revelar presente, podendo a medida concedida ser revogada através de outra decisão interlocutória, na sentença ou mesmo em fase recursal.

Como se pretende atender ao interesse daquele que aparentemente tem razão e está sendo prejudicado pela conduta da parte adversa e pela passagem do tempo de tramitação do processo, deve o juiz levar em consideração o segundo requisito, qual seja a existência de elementos que demonstrem que a demora na concessão da medida representa um perigo para a eficácia do pronunciamento judicial, reconhecendo o direito do demandante.

Por se tratar de medida provisória, geralmente concedida em cognição sumária, estabelece o art. 300, § 3º, do CPC, uma proteção ao demandado, qual seja a exigência de que os efeitos da medida não sejam irreversíveis. Justifica-se tal salvaguarda em face dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, haja vista que, se os efeitos práticos da medida fossem irreversíveis e somente pudessem ser ressarcidos pecuniariamente, tais princípios seriam violados.

Nos casos em que o juiz vislumbrar a hipótese de irreversibilidade da situação que seria gerada em caso de deferimento da tutela de urgência postulada, deverá sopesar, no momento da decisão, os riscos envolvidos em caso de não concessão da medida e na hipótese de ser deferida e se mostrar irreversível, levando em conta o princípio da proporcionalidade. Ou seja, cumpre-lhe analisar se o dano causado ao réu com a antecipação é maior do que o causado ao autor, caso não haja a antecipação, já que a irreversibilidade não pode servir como obstáculo intransponível, em todo e qualquer caso, à efetivação da medida. Nesse sentido, leciona Paulo Henrique dos Santos Lucon:

Na verdade, compete ao juiz examinar os diferentes pesos dos valores que estão em jogo ou, simplesmente, a proporcionalidade da providência; significa que o órgão jurisdicional deve mostrar-se consciente, sempre por meio de decisão motivada, dos benefícios e malefícios da concessão e da denegação (LUCON, 2000, p. 268).

Assim, sempre que houver urgência na medida, deve o juiz considerar a plausibilidade do direito invocado pelo autor e a possibilidade de maior dano, no caso de irreversibilidade de seus efeitos, para conceder ou denegar a tutela de urgência pretendida.

Relevante observar, tendo em vista o tema deste estudo, que, para concessão da tutela provisória de urgência, como instrumento de acesso amplo à Justiça, deve o juiz considerar o perigo na demora do pronunciamento e, caso presente, permitir que o demandante usufrua, desde já, do direito invocado ou que se permita o acautelamento de tal direito, de modo a resguardar a eficácia da futura sentença. As tutelas provisórias podem ser deferidas antes mesmo da propositura da ação e até mesmo para evitar uma longa demanda judicial.

Outro aspecto importante relativo à tutela provisória de urgência satisfativa, sob a ótica do acesso à prestação jurisdicional rápida e justa, é a possibilidade de o autor obter o desiderato pretendido em técnica de monitorização, com a estabilização da tutela requerida e concedida, desde que informe, na petição inicial,

que se satisfaz apenas com o acolhimento do pedido de tutela provisória, e o requerido não apresente irresignação em face da concessão da tutela, por meio de recurso (art. 1.015, I, do CPC) ou de outra medida impugnativa apresentada ao órgão judiciário que acolheu o pedido do demandante.

8 Tutela provisória de evidência

A evidência do direito, como pressuposto para a concessão de tutela provisória, está prevista no art. 311 do CPC. Não se exige, para sua concessão, o requisito “urgência” ou “perigo”; somente a demonstração de seguro grau de probabilidade do direito invocado pelo autor, aliado, em regra, à fragilidade da defesa, ora por abuso, ora por meio de propósito protelatório, ora pelo reconhecimento do direito ou de parte dele.⁵

Para concessão da medida, deve-se observar quão evidente é o direito do autor, tendo em vista eventual abuso de direito de defesa praticado pelo réu ou manifesto propósito protelatório, ou ainda em caso de apresentação de prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, do CPC, e, por fim, quando um dos pedidos cumulados ou parte do pedido único não é mais controverso. Nessas hipóteses, não é admissível que o tempo de duração do processo prejudique a satisfação do direito do autor, que, a toda evidência, muito provavelmente vai prosperar ao final da demanda, para, em contrapartida, beneficiar-se o réu, que aparentemente não tem razão.

Com exceção do inciso I do art. 311 do CPC, denominada tutela assume cunho punitivo, pois, por meio dela, o legislador estabelece uma espécie de sanção ao demandado que não age com lealdade diante da Justiça, descumprindo o disposto nos arts. 5º e 6º do CPC, contribuindo para a postergação da entrega da prestação jurisdicional, em detrimento do demandante. Necessário pontuar que, mesmo com a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, o processo exige das partes lealdade e boa-fé. O exercício do direito de defesa não pode ser tão amplo e ilimitado que extrapole limites éticos, ditados pelos princípios de igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, como explicita Ada Pellegrini Grinover:

⁵ Nesse sentido é a doutrina de Marinoni: “Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa, contudo, são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização do primeiro” (MARINONI, 2002b, p. 26).

A atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual e não ontológica, ou seja, como algo que se aproxime ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade (GRINOVER, 2000, p. 62).

A exceção também abrange o inciso IV, que exige a prévia manifestação e diligência do demandado. Observados esses dois incisos, o juiz pode conceder a medida *inaudita altera pars*, como orienta o parágrafo único do art. 311 do CPC, pois, ainda que a Constituição tenha previsto as garantias do contraditório e da ampla defesa, a também constitucional garantia do acesso efetivo ao sistema de justiça exige uma rápida intervenção judiciária para estancar a ameaça ou lesão a direito do demandante.

Uma questão que sempre suscita indagação consiste em se o autor deve pedir, após a resposta do demandado, um pronunciamento que conceda a tutela provisória de evidência ou o julgamento do processo no estado em que se encontra, integral ou parcialmente, nos termos dos arts. 355 e 356 do CPC. Sob o viés do acesso amplo à Justiça rápida, justa e eficaz, pode o demandante optar pela tutela de evidência, em face da maior agilidade para cumprimento da decisão, sujeita a recurso desprovido de efeito suspensivo automático, e que poderá ser cumprida de imediato, ao contrário da sentença, que, a teor do art. 1.012 do CPC, terá efeito suspensivo, excetuadas as hipóteses do § 1º.

Requisito processual indispensável para a concessão da tutela de evidência é que haja pedido do autor, principal interessado no resultado favorável e rápido conforme seus interesses.

Por se tratar de medida provisória, poderá posteriormente ser revogada, caso haja demonstração de ausência ou desaparecimento dos requisitos que autorizam sua concessão.

Conclusão

O tempo é o maior inimigo da efetividade do processo, para quem aparentemente tem razão e precisa de um pronunciamento estatal para fazer cessar ameaça a direito ou estancar uma lesão jurídica. A crise do modelo processual

vigente se torna mais evidente quando se confronta o procedimento comum, caracterizado por várias formalidades e excesso de diligências judiciais que podem ser praticadas pelos sujeitos do processo, com os anseios dos jurisdicionados, que buscam rápida cessação da ameaça ou da lesão a seus direitos.

A questão demanda solução cada vez mais urgente, uma vez que o processo, na atualidade, deve primar pela efetividade dos direitos, o que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade.

O Código de Processo Civil de 2015, embora tenha sido tímido na adoção de diversas possibilidades de efetivação e aumento de celeridade da prestação jurisdicional (como se verifica em relação à contagem do prazo em dias úteis), apresenta normas que podem contribuir para o alcance de uma Justiça mais dinâmica, como as relativas aos precedentes obrigatórios e às tutelas de urgência.

Se ainda não viabilizou a possibilidade de entrega da prestação jurisdicional final — cognição exauriente — com eficácia e celeridade, bem andou o legislador ao manter a tutela provisória de urgência cautelar e satisfativa e ao prever a tutela de evidência.

As tutelas provisórias de urgência, satisfativa ou cautelar e de evidência, permitem ao demandante que aparentemente tem razão que alcance, com celeridade, o bem da vida em discussão nos autos, permitindo-lhe conservar tal bem em caso de sucesso na demanda, no caso da tutela cautelar, ou ainda, no caso da tutela provisória satisfativa ou de evidência, usufruir, desde logo, antes de encerrada a demanda, de aludido bem, que, sem esses meios processuais de antecipação do atendimento de seus interesses, poderia levar anos ou até décadas para se tornar objeto de efetiva fruição pelo autor.

O tempo que, em alguns casos, cicatriza lesões, como no caso da prescrição e decadência no curso do processo, pode ser nefasto para quem tem razão, criando um descrédito para a máquina judiciária. A sociedade clama por Justiça para composição dos inúmeros conflitos de interesses que seus integrantes vivenciam diariamente, e as tutelas provisórias permitem, em muitos casos, uma rápida resposta do Poder Judiciário, tanto no acautelamento do direito quanto na viabilização de sua fruição.

Referências:

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIEDE, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. [S. l.]: Forense Universitária, 1996. v. 1.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. [S. l.]: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, Universitária, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentários dos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.