



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ELIÉLCIO JOSÉ DE ABREU**

**“TUTELA DE EVIDÊNCIA: O INOVADOR INSTRUMENTO  
PROCESSUAL QUE PROMETE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO  
CONSTITUCIONAL DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO  
PROCESSO.”**

**BARBACENA**

**2015**

**ELIÉLCIO JOSÉ DE ABREU**

**“TUTELA DE EVIDÊNCIA: O INOVADOR INSTRUMENTO  
PROCESSUAL QUE PROMETE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO  
CONSTITUCIONAL DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO  
PROCESSO.”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestra Débora Maria Messias Gomes Amaral

**BARBACENA**

**2015**

# **ELIÉLCIO JOSÉ DE ABREU**

**TUTELA DE EVIDÊNCIA: o inovador instrumento processual que promete dar efetividade ao princípio constitucional do direito à razoável duração do processo**

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em \_ / \_ / \_

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. (Orientadora) – Débora Maria Messias Gomes Amaral – Universidade Presidente Antônio Carlos

---

Prof. Me. (Membro da banca) – Delma Messias Gomes - Universidade Presidente Antônio Carlos

---

Prof. Me. (Membro da banca) – Ana Cristina Iatarola Silva - Universidade Presidente Antônio Carlos

Dedico esta monografia aos meus pais que, com o salgado suor escorrido de seus já cansados rostos, dispenderam arduamente todos os esforços possíveis para que eu estivesse aqui hoje...

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, sem o qual nada seria possível.

Agradeço aos meus pais, que perto de mim, semearam cotidianamente a minha semente do sucesso.

Agradeço à minha professora mestra e orientadora Débora Maria Messias Gomes Amaral, pelo modo zeloso, atencioso, carinhoso e dedicado em que me orientou, fazendo críticas tão bem-vindas e absurdamente pontuais.

Agradeço às minhas professoras mestras componentes da Banca Avaliadora desta instituição acadêmica, Delma Messias Gomes e Ana Cristina Iatarola Silva, pela forma crítica, acolhedora e sincera com que avaliaram a minha monografia de Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço aos meus amigos que sempre acreditaram em mim...

“Tempo é um tecido invisível em que se pode bordar tudo, uma flor, um pássaro, uma dama, um castelo, um túmulo. Também se pode bordar nada. Nada em cima de invisível é a mais sutil obra deste mundo, e acaso do outro.”

Machado de Assis

## RESUMO

Este trabalho abordará simultaneamente dois institutos de enorme envergadura: o direito fundamental à razoável duração do processo e a tutela de evidência. Ambos intrinsecamente relacionados entre si a um fator em comum: o tempo. E ambos decorrentes de um problema: a morosidade de nosso sistema judiciário. Assim, procuramos ao longo do trabalho responder a esta indagação: como tornar efetivo o direito fundamental à razoável duração do processo? Para responder a tal pergunta, foi necessário fazer um escorço sobre as eventuais causas da dita morosidade, bem como das possíveis soluções, v.g, a promulgação da emenda constitucional nº 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”, em que os três poderes constituídos de nossa nação consolidaram esforços conjuntos, batizado de “Pacto Republicano”, no intuito de combaterem tão grave problema social. Entretanto, não obstante a este esforço, veremos que faltam pesquisas empíricas tanto quantitativas quanto qualitativas que possam viabilizar uma aplicação prática em nossos tribunais dos estudos coletados para minimizar as deletérias consequências de um sistema moroso. Não obstante, o nosso legislador ordinário nos deu algumas ferramentas extremamente úteis no combate a esta morosidade, dentre elas a tutela antecipada. Tal técnica processual tem o poder de antecipar os efeitos da tutela almejada, bastando para isso que estejam preenchidos os pressupostos gerais da prova inequívoca do direito alegado e um alto grau de verossimilhança entre a prova apresentada e o alegado. E, façamos uma nova pergunta: onde então se encaixa a tutela de evidência, alvo de nosso estudo? Pois bem, trata-se também de uma técnica antecipatória inserida no novo CPC que para dar guarida aos anseios do demandante exige que o mesmo demonstre robustamente a evidência de seu direito. E é justamente aí que concentrará todos os nossos esforços no sentido de demonstrar o alcance desta inovadora ferramenta enquanto instrumento capaz de dar efetividade ao comando normativo constitucional para desta forma, responder aos anseios sociais que clamam por uma Justiça célere, tempestiva e eficiente, pois que, com a aplicação desta ferramenta, a economia processual daí decorrente será de grande valia, suprimindo inúmeros atos processuais, os quais consomem sobremaneira a energia de nossos serventuários, magistrados e operadores de direito como um todo.

Palavras chave: Direito fundamental à razoável duração do processo. Tutela de evidência. Morosidade do Judiciário. Emenda Constitucional nº45. “Reforma do Judiciário.” Tutela Antecipada. Tutelas de urgência. Novo CPC.

## ABSTRACT

This work will address two huge wingspan institutes: fundamental right to the reasonable length of the procedure and evidence tutelage. Both intrinsically related to a factor in common: the time. And both resulting from a problem: slowness of our judicial system. So, we're looking for throughout the study to answer to this question: how to make effective the fundamental right to the reasonable procedure duration? To answer that question, it was necessary to do a foreshortening of the possible delay causes, as well of possible solutions, v.g, the enactment of constitutional amendment n° 45, known as "Judicial reform", in which consolidated joint efforts between the nation's three powers, "Republican Pact", to combat such a serious social problem. However, despite this effort, we lack both quantitative as qualitative empirical research that may enable a practical application in our courts, of studies collected to minimize the deleterious slow system consequences. Nevertheless, our lawgiver gave us some extremely useful tools in combating this slowness, among them the early tutelage. Such procedural technique has the power to anticipate the early tutelage effects, simply by that general unequivocal proof assumptions of the alleged law and a high degree of likelihood between the evidence and the alleged. And, we make a new question: where then fits the evidence tutelage, the our study subject? Well, it is also an anticipatory technique inserted in the new CPC, that for harboring the claimant's wishes requires the same demonstrate robustly the evidence of your right. And it is precisely there that focus all our efforts to demonstrate the range of this innovative tool as an instrument to give able effectiveness to normative constitutional command, for in this way responding to social expectations calling for a speedy justice, timely and efficient, since, with the application of this tool, procedural economy hence recurring will be of great value, deleting procedural acts number, which greatly consume our deputies and judges energy.

Key words: Fundamental right to reasonable length of proceedings. Protection of evidence. Slowness of the judiciary. Constitutional Amendment No. 45. "Reform of the judiciary." Injunctive Relief. Emergency guardianships. New CPC.

## SUMÁRIO

1.)	INTRODUÇÃO.....	10
2.)	<b>DA INTEMPESTIVIDADE INSUSTENTÁVEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO - DA NECESSÁRIA BUSCA PELO SEU EFICIENTICISMO .....</b>	<b>12</b>
3.)	<b>MOROSIDADE DO SISTEMA JUDICIÁRIO NACIONAL: ALGUNS FATORES – BREVE SÍNTESE .....</b>	<b>17</b>
3.1)	NOTA INTRODUTÓRIA .....	17
3.2)	FATORES EXTRAPROCESSUAIS .....	17
3.3)	EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 – “REFORMA DO JUDICIÁRIO” .....	20
3.4)	A GRANDE QUESTÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO: O TEMPO .....	25
4.)	<b>DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....</b>	<b>28</b>
4.1)	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FONTE DE INSPIRAÇÃO E CONCEITO .....	28
4.2)	DO DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	31
4.3)	DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO COMANDO NORMATIVO QUE PREVÊ A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	32
4.5)	A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AVANÇOS, RETROCESSOS E ESTAGNAÇÃO. ....	38
4.6)	A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA VISÃO DA DOCTRINA E DE NOSSOS EXCELSIOS TRIBUNAIS .....	41
5.)	<b>DA TUTELA ANTECIPADA: CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS PARA SE COMPREENDER O ALCANCE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA.....</b>	<b>45</b>
5.1)	NOTA INICIAL .....	45
5.2)	DA ORIGEM DA TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	46
5.3)	DA DESNECESSÁRIA CONFUSÃO COM A CAUTELAR.....	48
5.3.1)	TUTELA DO DIREITO X TÉCNICA PROCESSUAL.....	48
5.3.2)	TEORIA DA “COGNIÇÃO JUDICIAL”: BREVES APONTAMENTOS PARA SE COMPREENDER O ALCANCE DAS DECISÕES QUE CONCEDEM AS DITAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	49
5.4)	TUTELAS DE URGÊNCIA E A FUNGIBILIDADE .....	53
5.5)	PRESSUPOSTOS GERAIS DA TUTELA ANTECIPADA .....	56
5.6)	REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO .....	57
5.7)	DAS ESPÉCIES DE TUTELA ANTECIPADA .....	59
5.8)	PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA .....	60
6.)	<b>DA TUTELA DE EVIDÊNCIA:.....</b>	<b>62</b>
6.1.)	BREVE SÍNTESE DA NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUALÍSTICA CIVIL BRASILEIRA .....	62

6.1.1) VISÃO GERAL E SUPERFICIAL DO NOVO CPC & LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA DO INSTITUTO EM COMENTO .....	62
6.1.2) DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO .....	65
6.1.3) DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS ALCANÇADAS PELO NOVO CPC....	69
6.2) A PREVISÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL VIGENTE .....	71
6.3) O QUE O PROJETO DE LEI ACRESCENTOU À CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL VIGENTE NO QUE SE REFERE À TUTELA DE EVIDÊNCIA? .....	71
6.4) MAS AFINAL, O QUE É TUTELA DE EVIDÊNCIA? .....	73
6.5) PONTO NEVRÁLGICO PARA SE ENTENDER O ALCANCE DESTA TÉCNICA PROCESSUAL: O QUE DIFERE ENTÃO A TUTELA ANTECIPADA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA? _ AUSÊNCIA DO PRESSUPOSTO DO PERICULUM IN MORA. ....	76
6.6) QUAL A SUA FINALIDADE?.....	78
6.7) A TUTELA DE EVIDÊNCIA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS .....	78
6.8) O QUE SE ESPERAR DESTE INOVADOR INSTITUTO?.....	82
<b>7.) CONCLUSÃO .....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>86</b>

## 1.) INTRODUÇÃO

“A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.”  
Rui Barbosa BARBOSA, R., Oração aos Moços, 1921.

Esta frase foi cunhada em 1921 por um de nossos maiores juristas, Rui Barbosa. Desta forma, concluímos que o problema da morosidade da prestação da tutela jurisdicional é secular no Brasil. Todavia, tal quadro foi inegavelmente agravado em virtude do êxodo rural e do inchaço da população urbana, os quais ocasionaram o surgimento da sociedade de massas, em que os conflitos se intensificaram.

Mas, quais são os fatores que emperram nosso Judiciário? Sem sombra de dúvidas, são inúmeros. Entretanto, como teremos oportunidade de vislumbrar no presente trabalho monográfico, segunda a doutrina estudiosa do tema, falta pesquisas qualitativas e quantitativas que possam dar dados empiricamente confiáveis capazes de ser aplicado na prática para reverter este atual quadro.

Entretanto, podemos afirmar que um direito processual coerente e logicamente sistematizado, em que haja a prevalência pelo aprimoramento de seu caráter instrumental, resultará numa significativa contribuição para que se retire das prateleiras de nossas secretarias incontáveis processos corroídos pela ação irrefreável do tempo.

É nesse sentido que, preocupado com o direito a uma razoável duração do processo, os nossos constituintes positivaram o direito de o cidadão se socorrer ao Judiciário como sendo um direito fundamental, inserindo-o no contexto principiológico de nossa Carta Magna de 1988, tendo nossos legisladores constituintes derivados reformadores reforçado explicitamente mencionado comando normativo através da promulgação da emenda constitucional nº 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”.

Doravante, a este quadro normativo superior, surge a problemática para o legislador constituinte derivado de “COMO ENTÃO TORNAR EFICAZ TAL PRINCÍPIO”?

Afinal, Justiça que tarda, não é justiça. Assim, após a C.F de 1988, nossa codificação processual sofreu inúmeras modificações no que tange ao cuidado em se entregar, tempestivamente, a tutela jurisdicional pretendida.

Nesse sentido, os procedimentos judiciais foram agilizados e desburocratizou-se o acesso ao Judiciário, como por exemplo, com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o tornando o mais simples possível, dando vazão a inúmeras demandas paralisadas por entraves de cunho administrativo.

Entretanto, nenhuma mudança foi tão significativa quanto a ocorrida em 1994, em que juristas tupiniquins mostraram ao mundo acadêmico seu talento, criando um instituto genuinamente brasileiro: A TUTELA ANTECIPADA.

Esta surgiu para corrigir as lacunas em que o processo cautelar não dava guarida, tal como a satisfação antecipada do pleito requerido ao Judiciário.

No entanto, o tempo, essa máquina que corrói todos os sabores e dissabores humanos, percorreu seu percurso natural, e nosso Judiciário continuou mostrando-se moroso à nossa sociedade. Pergunta-se: como tornar efetivo o direito à razoável duração do processo?

Com certeza, inúmeras poderão ser as soluções apresentadas, mas apresentaremos uma: A TUTELA DE EVIDÊNCIA.

## **2.) DA INTEMPESTIVIDADE INSUSTENTÁVEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO - DA NECESSÁRIA BUSCA PELO SEU EFICIENTICISMO**

“O tempo é um químico invisível, que dissolve, compõe, extrai e transforma todas as substâncias morais.”  
—Machado de Assis

Não há sentimento tão corrosivo e desalentador para o cidadão que requer a concessão de determinada tutela jurisdicional por parte do Estado quanto o de injustiça ante a morosidade de uma prestação jurisdicional pretendida não entregue tempestivamente.

Afinal, é natural que as pessoas esperem ansiosamente pela resposta estatal de sua questão litigiosa levada à apreciação do Judiciário. E esta resposta, obviamente, até vem, porém, não em um tempo razoável, o que faz com que os litigantes descreditem na capacidade decisória de nossos magistrados e que percam a esperança de verem resolvidas as suas lides.

Portanto, o que era para ser a solução dada pelo Estado a um conflito não resolvido entre as partes, torna-se um problema ainda maior, pois que muitas das vezes, além do perecimento do objeto da lide, há também o perecimento da expectativa de um direito que poderia ser realizado, mas que não o foi, \_ e isso em virtude da lamentável morosidade do Estado em solucionar a dita questão litigiosa em tempo hábil.

Em consonância com o exposto, conclui-se que o cidadão que se socorre à proteção do Poder Judiciário não pode mais carregar em seus ombros um peso que se torna a cada dia mais insustentável, devendo o Estado assumir a sua responsabilidade perante a sociedade, não se eximindo desta, nem sendo omissos quanto ao seu dever de dar eficácia ao princípio constitucional da eficiência em sua gestão administrativa, estendendo-se esta a máquina estatal judiciária.

No tocante ao debatido princípio constitucional da eficiência da gestão pública, trazemos à baila algumas precisas e claras conceituações doutrinárias, valendo-nos, antes, da rica análise formulada pelo ex-ministro da Suprema Corte EROS ROBERTO GRAU, segundo o qual a análise da eficiência da Administração Pública adquiriu uma grande valoração para a sociedade, tornando-se um valor cristalizado, pois não é interessante à sociedade a manutenção de uma estrutura ineficiente. A cristalização deste valor ganhou

normatividade, transformando-se em um princípio a ser observado por todo o ordenamento jurídico no que tange à Administração Pública.<sup>1</sup>

Assim, dentre as inúmeras conceituações possíveis para este valor positivado, tecemos as seguintes, senão vejamos:

Para VLADIMIR DA FRANÇA ROCHA:

"O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo." (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.)

De outra monta, temos o conceito do *princípio da eficiência* posto por ALEXANDRE MORAES:

"Assim, *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social." (MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.)

MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES expõe a sua opinião:

"Inicialmente cabe referir que a *eficiência*, ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido- salvo se deixou de ser em recente gestão pública – *finalidade* da mesma Administração. Nada é *eficiente* por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro." (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.)

Entre os fundamentos de seus argumentos, ele indica CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que cita:

"Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o

<sup>1</sup> GRAU, Roberto Grau. A ordem econômica na constituição de 1988. 2. ed., São Paulo : Malheiros., 1991, p.194-196.

dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. ed. 12, São Paulo : Malheiros, 1999, p. 92.)

Não obstante a tais conceituações, convém ressaltar interessante ressalva formulada pelo advogado Gustavo Vettorato em artigo publicado na revista eletrônica jus navigandi:

“Entretanto, cumpre verificarmos como deve ser interpretado tal princípio. Deve ser atentado que o vocábulo eficiência sofre de várias acepções, e que ao ser cristalizado como princípio jurídico receberá novas características, gerando, também, inúmeros conceitos do princípio da eficiência, os quais podem acabar sendo manipulados por conotações ideológicas e não jurídicas.”<sup>2</sup>

Assim sendo, feita a oportuna ressalva acima, concluímos que o Poder Judiciário, por ser um mecanismo integrante da estrutura estatal, sobre ele deve irradiar o preceito constitucional insculpido no art. 37 de nossa Carta Magna, acrescentado pela emenda constitucional nº19, em que se operou verdadeira reforma administrativa em todo âmbito estatal, devendo ser aplicado o princípio da eficiência em nossa Justiça.

Assim dispõe o comando normativo mencionado, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”<sup>3</sup> grifo nosso

Não obstante esta colocação, há farta construção pretoriana correlacionando o direito fundamental à razoável duração do processo ao princípio constitucional da eficiência na gestão da coisa pública, senão vejamos:

**TRF-1 - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA REOMS 00040756420124013600 (TRF-1)**

**Data de publicação: 11/02/2015**

**Ementa:** CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. OMISSÃO

<sup>2</sup> VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4369/o-conceito-juridico-do-principio-da-eficiencia-da-administracao-publica>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

<sup>3</sup> BRASIL, Constituição federal de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

ADMINISTRATIVA. **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**. SENTENÇA CONFIRMADA. I - A conclusão de **processo** administrativo por força de decisão judicial não conduz à extinção do **processo** sem resolução de mérito por perda superveniente de seu objeto, devendo ser confirmados, por sentença, os efeitos jurídicos de decisão liminar favorável ao impetrante. II - Assente nesta Corte o entendimento de ser passível de correção, pela via do mandado de segurança, a abusiva demora do Poder Público na apreciação de pleito administrativo de expedição ou de retificação de certificado de georreferenciamento, em flagrante ofensa aos **princípios da eficiência** e da **razoável duração do processo**. III - Sentença confirmada. Remessa oficial a que se nega provimento.

**TRF-1 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 00393514320134013400 (TRF-1)**

**Data de publicação: 17/03/2015**

**Ementa:** CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CERTIFICADO DE BOAS PRÁTICAS DE FABRICAÇÃO DE PRODUTOS MÉDICOS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**. SENTENÇA CONFIRMADA. I - Assente nesta Corte o entendimento de ser passível de correção, pela via do mandado de segurança, a abusiva demora do Poder Público na apreciação de pleito administrativo de interesse dos administrados, em flagrante ofensa aos **princípios da eficiência** e da **razoável duração do processo**. II - O fato de existirem empresas que, aguardando solução administrativa de seus requerimentos administrativos de emissão do certificado de boas práticas de fabricação e controle, não buscaram a via judicial para a realização em prazo **razoável** da inspeção internacional não impede a concessão de provimento jurisdicional em favor da impetrante, prevalecendo a máxima de que "o Direito não socorre aos que dormem". III - A inexistência de previsão de prazo específico na legislação respectiva para a conclusão de **processos** administrativos em que se requer certificação de boas práticas de fabricação, especialmente para a realização de inspeção sanitária, não impede que o Judiciário, em interpretação analógica, conceda prazo fixo para a resposta do Poder Público aos requerimentos de seus administrados, não sendo **razoável** exigir que permaneçam indefinidamente à mercê da Administração IV - Sentença confirmada. Recuso de apelação interposto pela ANVISA e remessa oficial aos quais se nega provimento.

Após ao aludido acima, questionamos: seria aplicável tal princípio de tamanha envergadura ao nosso emperrado e sobrecarregado Poder Judiciário? Ante a todo o fundamento colacionado acima, cremos que seja sim possível.

Todavia, para que isto seja realizável e aplicável na prática, é nítido que precisamos de soluções viáveis que tornem a prestação jurisdicional realmente efetiva.

Doravante, se detivermos nosso estudo sobre as possíveis causas desse infortúnio que assombra nossa Justiça, iremos nos deparar com inúmeros fatores. Todavia, quais são eles?

Veremos no próximo capítulo que este é um dos maus pelo que padece nosso Judiciário: a falta de pesquisas sólidas capazes de oferecer números e estatísticas realmente próximas da realidade para, dessa forma, tirar nosso nobre Poder das correntes da morosidade que o prende de se tornar célere, tempestivo, **eficiente**.

Portanto, conclui-se que, lastreado por alguma consistente construção pretoriana acerca da aplicação do princípio da eficiência à razoável duração do processo, não se pode admitir uma morosidade injustificável na entrega da prestação jurisdicional pretendida pelo demandante, sob pena de violar-se não somente aos dois princípios em comento, mas também à dignidade da pessoa humana, que é indubitavelmente desrespeitada ante a inércia estatal, arcando quase que sozinha com um peso insuportável: o tempo, que não para.

### **3.) MOROSIDADE DO SISTEMA JUDICIÁRIO NACIONAL: ALGUNS FATORES – BREVE SÍNTESE**

#### **3.1) NOTA INTRODUTÓRIA**

A morosidade do Sistema Judiciário Nacional conta com inúmeros fatores. E o fator tempo consome todas elas.

Como veremos nas linhas que se sucederão nos próximos tópicos, há diferentes causas que influenciam de maneira direta ou indireta no andamento do processo nos tribunais brasileiros.

Veremos também que o legislador não se mostrou inerte ante a este preocupante quadro técnico – jurídico de repercussão social. Desta feita, podemos reiterar duas providências de ordem legal tomadas por nossos representantes no Congresso: a criação da emenda constitucional nº 45, aprovada em 2004, e as reformas pontuais pelo que passou nossa legislação adjetiva pátria, como por exemplo, com a criação, em 1994, da tutela antecipatória.

Veremos que todas estas medidas foram tomadas justamente para se minimizar os deletérios e negativos efeitos produzidos pelo fenômeno tempo aos litigantes que, na esperança de serem socorridos pelo Judiciário, acabam por precisarem de socorro.

#### **3.2) FATORES EXTRAPROCESSUAIS**

Iniciemos o presente tópico com uma indagação seguida de uma explanação rica formulada pelo desembargador JOSÉ RENATO NALINI em artigo publicado no dia 9 de fevereiro de 2011 no periódico diário de circulação nacional Folha de S.Paulo. Indagamos: O que falta para modernizar a Justiça?

“O que falta para modernizar a Justiça? Sobram pessoas eruditas e tecnicamente capazes para a função de decidir. Padece a Justiça de capacidade gestora da atividade-meio e de estratégias hábeis a conferir eficiência à a atividade-fim.

Eficiência é princípio impositivo à administração pública e, portanto, ao Judiciário. Resiste-se à busca de eficiência como se fosse inviável conciliá-la com segurança jurídica.

Todavia, não é eficientismo o que se deseja, senão atender aos necessitados do justo concreto. Ou a decisão é oportuna ou já falhou.

O Brasil tem peritos em administração e empreendedores criativos. Como foi que as empresas conseguiram sobreviver num capitalismo competitivo e selvagem? Foram cérebros os artífices da façanha.

Tais talentos hão de ser requisitados para contribuir na elaboração de projeto consistente e viável para reduzir gargalos, racionalizar procedimentos e trâmites e conferir um trato modernizante ao emperrado aparelhamento judicial.

É inviável aguardar uma reação endógena ao urgente pleito de "aggiornamento" da Justiça. Até o momento, não conseguiu o Judiciário desatar seus nós.

Fazer justiça é um serviço público que afeta a todos e, enquanto a sociedade não se interessar por seu funcionamento, de pouco valerão as reformas constitucionais, a produção de novas leis e as recomendações correcionais.

Aperfeiçoar a Justiça brasileira é dever de todos os que nela enxergam o equipamento essencial à concretização da democracia participativa prometida pelo constituinte, sem a qual não há que se falar em Estado de Direito.”<sup>4</sup>

Assim, podemos concluir com a precisa colocação do ilustre julgador que a nossa Justiça padece de pessoal qualificado em sua gestão pública que possam viabilizar de modo oportuno e eficiente a atividade-meio do Poder Judiciário, ou seja, capacitando tecnicamente todos os serventuários e administradores responsáveis pelo serviço operacional e burocrático, criando metas de desempenho, fazendo desta uma verdadeira empreitada aos moldes do que ocorre no setor privado.

Ademais, falta eficiência na atividade-fim, e é nesse sentido as oportunas inovações que projetam propostas conciliadoras e de mediação de conflitos, buscando sufragar, ao menos um pouco, a nossa cultura litigante insaciável.

Portanto, para o autor citado, o Brasil não deve desperdiçar os seus talentos sobreviventes do selvagem capitalismo, devendo contar com estes para dar um caráter eficiente à nossa estrutura Judiciária.

Não obstante ao exposto acima, é inegável a existência de inúmeros fatores que contribuem para que a justiça em nosso país seja morosa. Assim, fatores de natureza institucional, burocrática, legal, bem como o aparato humano do Sistema contribuem para paralisar inúmeros feitos.

Todavia, segundo a maior parte dos estudiosos na matéria, faltam dados quantitativos e qualitativos confiáveis que possam nos fornecer um arcabouço empírico razoável para análises cientificamente sustentáveis.

Assim, segundo NUNES,

“(…) o Poder Legislativo, quando se presta a promover mudanças legislativas de cunho processual, deve se ater a três principais precauções, quais

---

<sup>4</sup> NALINI, José Renato. As urgências da Justiça. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0902201107.htm> . Acesso em 15 de outubro de 2015.

sejam: i) adequar a norma vindoura ao ordenamento jurídico em vigor; ii) criar uma comissão de juristas que balizem teoricamente a construção da nova norma; iii) e promover a elaboração de pesquisas científicas, no intento de trazer à lume o funcionamento, os reflexos das mudanças e, após a entrada em vigor da norma positiva, analisar a sua efetividade no meio social.

Das três preocupações citadas ao norte, uma delas tem sido objeto de esquecimento quando da construção de normas processuais, a saber: a elaboração de pesquisas científicas. Com efeito, inúmeras mudanças processuais foram levadas a cabo desde os anos 90. Entretanto, todas foram implementadas sem um prévio levantamento científico, além do que inexistem dados concretos acerca de eventuais melhorias trazidas aos brasileiros através dessas modificações.” (NUNES, Dierle. Reforma do CPC: contraditório e fase preparatória da cognição. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, n. 314, p. 38-40, fev. 2010. Quinzenal.).

Em virtude disso, a carência das mencionadas pesquisas tem sido apontada, por alguns autores, como a causa para a ineficiência do princípio da razoável duração do processo. Essa é a opinião de Araken de Assis, que explicita:

“cumpriria investigar na realidade concreta, mediante métodos empíricos, o êxito real dessas copiosas alterações legislativas. Nada aponta a implementação do ambicioso e utópico objetivo. A coleta de dados permitiria avaliar em que medida a lei infraconstitucional favorece e concede aos litigantes os “meios” referidos na Constituição para obter a “duração razoável” do processo. Entre nós, porém, poucos de entregam a semelhantes pesquisas.”<sup>5</sup>

E para GAJARDONI,

A importância dessas pesquisas estaria ainda no fato de as mesmas serem imprescindíveis para a resolução de outros problemas ensejadores da morosidade, tais como a ineficiência administrativa e legislativa. Nessa senda, a resolução da desordem administrativa do Judiciário exigiria a elaboração de pesquisas que indicassem onde estão as principais carências, a fim de se estabelecer prioridades de gestão administrativa. Igualmente, as modificações legislativas implementadas no fito de dar maior efetividade ao princípio da razoável duração do processo passariam pelo conhecimento da existência, ou não, da lentidão da justiça em cada localidade, assim como dependeria da análise dos fatores que contribuem para o estrangulamento do sistema judicial local. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. 238 p.)

E concluímos com SILVA,

Em suma, com a realização de pesquisas científicas poder-se-ia diagnosticar as principais carências de cada localidade, bem como os fatores que influenciam na duração da marcha processual. Com isso, as medidas aceleradoras do processo promovidas por mudanças legislativas seriam criadas com mais eficiência, uma vez que não seriam mais implementadas as escuras, sem um mínimo de ciência

---

<sup>5</sup> ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p 195-204.

de suas prioridades e de suas consequências na vida prática. O mesmo aconteceria com as soluções de gestão administrativa, as quais, balizadas em pesquisas científicas, seriam promovidas com mais qualidade (SILVA, Ivanoska Maria Esperia da. O Direito à Razoável Duração do Processo: uma Emergência Processual. Revista Dialética do Processo, n. 66, p. 33-42, set. 2008. Mensal.).

Todavia, não obstante os problemas acima apontados, é evidente que uma secretaria do Juízo bem equipada e com um escrivão competente, haverá por ensejar uma tramitação mais célere dos feitos, o que, entretanto, será em vão caso a mesma secretaria conte com um Juiz relapso. Desta feita, temos que o fator humano é preponderante, \_ não nos faltam exemplos, raros, é verdade, vindos dos noticiários, em que a boa vontade humana supera problemas de ordem estrutural alarmantes; é assim na saúde e escolas públicas, é assim no Poder Judiciário.

Ademais, o fator de natureza institucional também é relevante, assim, uma lei de organização judiciária enxuta, objetiva e pragmática elevará a produtividade de nossos magistrados, bem como do Judiciário, afetando diretamente o problemático fator burocrático, o qual tem o desprazer de emperrar administrativamente atos que, por sua natureza, deveriam ser simplificados, tais como, por exemplo, o acesso do público aos processos, os quais algumas vezes são obstruídos de maneira injustificável.

Assim, reiteramos para a problemática da deficitária fonte de pesquisas empíricas acerca dos reais e concretos entraves ao regular e fluido desenvolvimento dos trâmites processuais em nossos Tribunais como o fator preponderante para a falta de soluções efetivamente viáveis para amenizar este caótico quadro.

Por fim, concluímos desta maneira que, os fatores que solavancam nosso Judiciário são muitos, e que o aparato estrutural tem grande peso, mas não de forma isolada.

Não obstante a isto, podemos afirmar, baseados na experiência cotidiana comum, que serventuários, magistrados e operadores de direito como um todo, comprometidos com a celeridade processual, certamente contribuirão para dar um mínimo de dignidade àqueles que esperam uma resposta estatal aos seus conflitos levados à solução de nossos magistrados.

### 3.3) EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45 – “REFORMA DO JUDICIÁRIO”

Assim é que, preocupado com a morosidade do Judiciário brasileiro, e em reflexo aos anseios sociais, o legislador constituinte derivado reformador criou a emenda

constitucional n° 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”, promulgada no dia 8 de dezembro de 2004.

Foram tantas as mudanças, e tão significativas, que vamos nos valer da esquematização esboçada pelo professor Pedro Lenza em artigo publicado na revista eletrônica *jus navigandi*, para depois tecermos os comentários devidos, observemos:

“ 1) A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (art. 5.º, LXXVIII, e art. 7.º da EC n. 45/2004).

2) A previsão do real cumprimento do princípio de acesso à ordem jurídica justa, estabelecendo-se a Justiça Itinerante e a sua descentralização, como a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública Estadual (arts. 107, §§ 2.º e 3.º; 115, §§ 1.º e 2.º; 125, §§ 6.º e 7.º; 134, § 2.º; 168, e art. 7.º da EC n. 45/2004).

3) A possibilidade de se criar varas especializadas para a solução das questões agrárias. Nessa linha de especialização em prol da efetividade, sugerimos também varas especializadas para as áreas do consumidor, ambiental, coletiva etc. (art. 126, *caput*);

4) A "constitucionalização" dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo *quorum* qualificado das emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º).

5) A submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5.º, § 4.º).

6) A federalização de crimes contra direitos humanos, por exemplo, tortura e homicídio praticados por grupos de extermínio, mediante incidente suscitado pelo Procurador-Geral da República (PGR) no STJ, objetivando o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Busca-se, acima de tudo, adequar o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos (art. 109, V-A e § 5.º).

7) Previsão do controle externo da Magistratura por meio do *Conselho Nacional de Justiça*, como a criação de ouvidorias para o recebimento de reclamações (arts. 52, II; 92, I-A, e § 1.º; 102, I, "r"; 103-B, e art. 5.º da EC n. 45/2004).

8) Previsão do controle externo do MP por meio do *Conselho Nacional do Ministério Público*, como a criação de ouvidorias para o recebimento de reclamações (arts. 52, II; 102, I, "r"; 130-A e art. 5.º da EC n. 45/2004).

9) A ampliação de algumas regras mínimas a serem observadas na elaboração do *Estatuto da Magistratura*, todas no sentido de se dar maior produtividade e transparência à prestação jurisdicional, na busca da efetividade do processo, destacando-se: a) a previsão da exigência de três anos de atividade jurídica para o bacharel em Direito como requisito para o ingresso na carreira da Magistratura; b) aferição do merecimento para a promoção conforme o desempenho, levando-se em conta critérios objetivos de produtividade; c) maior garantia ao magistrado para recusar a promoção por antiguidade somente pelo voto fundamentado de 2/3 de seus membros, conforme procedimento próprio e assegurada a ampla defesa; d) impossibilidade de promoção do magistrado que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; e) previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo *etapa obrigatória do processo de vitaliciamento*; f) o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da *maioria absoluta* (e não mais 2/3) do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; g) previsão de serem as decisões administrativas dos tribunais tomadas em *sessão pública*; h) o fim das férias coletivas do Poder Judiciário, tornando a atividade jurisdicional *ininterrupta*;

i) a previsão de número de juízes compatíveis com a população; j) a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição (art. 93).

10) Ampliação da garantia de imparcialidade dos órgãos jurisdicionais pelas seguintes proibições: a) vedação aos juízes de receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; b) instituição da denominada *quarentena*, proibindo membros da Magistratura de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram, por aposentadoria ou exoneração, pelo prazo de três anos. A *quarentena* também se aplica aos membros do MP (art. 95, par. ún., IV e V, e 128, § 6.º).

11) Previsão de que as custas e os emolumentos sejam destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça, fortalecendo-a, portanto (art. 98, § 2.º).

12) Regulação do procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Judiciário e solução em caso de inércia. Proibição de realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (art. 99, §§ 3.º, 4.º e 5.º).

13) A extinção dos Tribunais de Alçada, passando os seus membros a integrar os TJs dos respectivos Estados e uniformizando, assim, a nossa Justiça (art. 4.º da EC n. 45/2004).

14) Transferência de competência do STF para o STJ no tocante à homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 102, I, "h" (revogada); 105, I, "i", e art. 9.º da EC n. 45/2004).

15) A ampliação da competência do STF para o julgamento de recurso extraordinário quando se *julgar válida lei local contestada em face de lei federal*. Muito se questionou sobre essa previsão. Observa-se que ela está *correta*, já que, quando se questiona a aplicação de lei, acima de tudo, há um conflito de constitucionalidade, pois é a CF que fixa as regras sobre competência legislativa federativa. Por outro lado, quando se questiona a validade de ato de governo local em face de lei federal, acima de tudo, estamos diante de questão de legalidade a ser enfrentada pelo STJ, como mantido na Reforma (art. 102, III, "d", e 105, III, "b").

16) A criação do requisito da *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso* para o conhecimento do recurso extraordinário. Essa importante regra vai evitar que o STF julgue brigas particulares de vizinhos, como algumas discussões sobre "assassinato" de papagaio ou "furto de galinha", já examinadas pela mais alta Corte (art. 102, § 3.º).

17) A adequação da Constituição, no tocante ao controle de constitucionalidade, ao entendimento jurisprudencial já pacificado no STF, constitucionalizando o efeito dúplice ou ambivalente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) como o seu efeito vinculante. Ampliação da legitimação para agir. Agora os legitimados da ADC são também da ADI (e não mais somente os quatro que figuravam no art. 103, § 4.º, *revogado*). Apenas para se adequar ao entendimento do STF e à regra do art. 2.º, IV e V, da Lei n. 9.868/99, fixou-se, expressamente, a legitimação da Câmara Legislativa e do Governador do DF para a propositura de ADI, e, agora, ADC (art. 102, § 2.º; 103, IV e V; revogação do § 4.º do art. 103 e art. 9.º da EC n. 45/2004).<sup>(1)</sup>

18) Ampliação da hipótese de intervenção federal dependendo de provimento de representação do Procurador-Geral da República para, além da já existente ADI Interventiva (art. 36, III, c.c. 34, VII), agora, também, objetivando *prover a execução de lei federal* (pressupondo ter havido a sua recusa). A competência, que era do STJ, passa a ser do STF (art. 34, VI, *primeira parte*, c.c. o art. 36, III; revogação do art. 36, IV, e o art. 9.º da EC n. 45/2004).

19) Criação da Súmula Vinculante do STF (art. 103-A e art. 8.º da EC n. 45/2004).

20) A aprovação da nomeação de Ministro do STJ pelo *quorum* de *maioria absoluta* dos membros do SF, equiparando-se ao *quorum* de aprovação para a sabatina dos Ministros do STF, e não mais maioria simples ou relativa como era antes da Reforma (art. 104, parágrafo único).

21) Previsão de funcionamento no STJ: a) da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o *ingresso e promoção* na carreira; b) e do Conselho da Justiça Federal como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante (art. 105, par. ún., I e II).

22) No âmbito trabalhista, dentre tantas modificações, podemos destacar: a) o aumento da composição do TST de 17 para 27 Ministros, deixando-se de precisar convocar juízes dos TRTs para atuar como substitutos; b) em relação ao sistema de composição, reduziram-se as vagas de Ministros do TST oriundos da advocacia e do Ministério Público do Trabalho. Dessa vez, eles ocupam somente 1/5, os outros 4/5 são preenchidos entre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, provenientes da Magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior; c) fixação do número mínimo de sete juízes para os TRTs; d) modificação da competência da Justiça do Trabalho; e) previsão da criação da *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho* e do *Conselho Superior da Justiça do Trabalho*, este último deverá ser instalado no prazo de 180 dias; f) a lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-las aos Juízes de Direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho; g) previsão de criação, por lei, do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas (arts. 111, §§ 1.º, 2.º e 3.º (revogados); 111-A; 112; 114; 115 e arts. 3.º, 6.º e 9.º da EC n. 45/2004);

23) Fixação de novas regras para a Justiça Militar (art. 125, §§ 3.º, 4.º e 5.º);

24) Como fixado para a Magistratura (art. 99, §§ 3.º ao 5.º), regulação do procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do MP e solução em caso de inércia. Proibição de realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (art. 127, §§ 4.º, 5.º e 6.º).

25) Nos mesmos termos da Magistratura, diminuição do *quorum* de votação para a perda da garantia da inamovibilidade de 2/3 para a *maioria absoluta* (art. 128, § 5.º, I, "b").

26) Ampliação da garantia de imparcialidade dos membros do MP: a) vedação do exercício de atividade político-partidária, sem qualquer exceção; b) vedação do recebimento, a qualquer título ou pretexto, de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; c) instituição, conforme já vimos, e nos termos da Magistratura, da denominada *quarentena*, proibindo-os de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram, por aposentadoria ou exoneração, pelo prazo de três anos (art. 128, § 5.º, II, "e", "f", e § 6.º).

27) Conforme já vimos para a atividade jurisdicional, também no sentido de se dar maior produtividade e transparência no exercício da função, na busca da efetividade do processo, destacam-se, para o MP: a) a obrigatoriedade de as funções só poderem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição; b) a previsão da exigência de três anos de atividade jurídica para o bacharel em Direito como requisito para o ingresso na carreira do MP; c) a distribuição imediata dos processos; d) e, no que couber, as regras já apresentadas em relação ao art. 93 para a Magistratura (art. 129, §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º).

28) A EC n. 45/2004 entrou em vigor na data de sua publicação, em 31 de dezembro de 2004, e foi promulgada em 8 de dezembro de 2004 (art. 10 da EC n. 45/2004).<sup>67</sup>

<sup>6</sup> LENZA, Pedro. Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional n° 45. Esquematização das principais novidades. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/6463/reforma-do-judiciario-emenda-constitucional-n-45-2004>. Acesso em 12 de agosto de 2015.

De fato, o conhecido “Pacto Republicano” buscou unir esforços conjuntos entre os três poderes constitutivos de nosso Estado Democrático de Direito no intuito de promover uma Justiça mais célere, e para que isto fosse possível, positivou inúmeras medidas, como podemos observar nas linhas acima mencionadas esboçadas sucintamente pelo professor Pedro Lenza.

Assim é que a assecutoriedade dos direitos e garantias fundamentais foi colocado em primeiro plano. Logo, como corolário deste paradigma, podemos apontar para a positivação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos bem como para a federalização dos crimes que atentem contra a vida e liberdade individual.

No plano processual, podemos citar a criação da repercussão geral e da súmula vinculante, em relação aos recursos que tramitam por nossa Suprema Corte, como formas de, respectivamente, trazer à análise de nossa Corte Constitucional assuntos de relevo nacional e de dar um tratamento jurisprudencial uniforme a recursos de teor repetitivo.

Citemos Também a criação da Justiça itinerante e das Varas Especializadas; bem como do fortalecimento da Defensoria Pública pelos estados da federação brasileira, dando-lhe autonomia financeira, orçamentária e institucional.

Podemos apontar também para a criação do CNJ, órgão que possui significativo relevo. E mais uma vez nos valemos do magistério de JOSÉ RENATO NALINI que muito bem expressa a importância deste órgão no cenário da magistratura nacional:

“O CNJ alavancou as exigências de um sistema afinado com a pós-modernidade e implementou boas medidas. Dentre elas, os mutirões de atualização jurisdicional, a apuração de falhas nos presídios e a adoção de estatísticas propiciadoras de racionalização. Estratégias de que o Judiciário nunca se valera antes na história da República.

Frise-se que o papel do CNJ não se restringe à mera fiscalização do poder decisório e atuação produtiva dos magistrados, pois que o mesmo frequentemente cria programas sociais de acesso à Justiça, coordenando pelo país a fora inúmeras Justças itinerantes, além de conseguir um feito extraordinário: reunir, administrativamente, todos os tribunais do país, os quais funcionavam descentralizadamente, tendo o condão de fornecer dados estatísticos sólidos acerca do acervo processual no Brasil.”<sup>7</sup>

Assim, percebe-se a nítida preocupação do legislador para com os direitos do cidadão que são friamente negligenciados ante um Justiça morosa, sobrecarregada e paralisada por inúmeros feitos. Por uma justiça burocratizada e arcaica.

---

<sup>7</sup> NALINI, José Renato. As urgências da Justiça. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0902201107.htm> . Acesso em 15 de outubro de 2015.

Mas de todas as mudanças, a que maior discussão acadêmica traz é a que acrescentou o parágrafo primeiro ao inciso LXXVIII do exaustivo rol do art. 5º da Carta Magna, prevendo que a duração do processo, seja judicial ou administrativo, deva desenvolver-se em um tempo razoável, devendo este comando normativo ser imediatamente aplicado aos litígios ora em curso, senão vejamos, *in verbis*:

“Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988: 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)

**§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>8º</sup>(grifo nosso)**

A discussão, portanto, gira em torno de como dar efetividade a tal comando normativo que, por sua localização topográfica, possui status de direito fundamental, os quais devem ser plenamente eficazes e imediatamente aplicáveis.

A esta *vexata quaestio* acadêmica apresentaremos as possíveis respostas no capítulo 4 da presente obra.

### 3.4) A GRANDE QUESTÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO: O TEMPO

Quando nos deparamos com a problemática da tempestividade da prestação jurisdicional, o fenômeno que se nos apresenta é tão somente um: o tempo.

Desta feita, para que seja justa a prestação jurisdicional contemplada ao jurisdicionado, é imprescindível que se trabalhe com dois vetores: tempo e ônus da carga probatória. Deste modo, o tempo deverá recair sobre aquele que não tem a razão, sobre a parte que não tem o direito. Afinal, é injusto sobrecarregar o titular do direito, o dono da prova, com o peso insustentável desta máquina corrosiva que é o tempo.

Assim, quando se leva um pleito à solução do Judiciário, o que se espera é que essa questão litigiosa seja de pronto resolvida. Afinal, a linha do tempo percorre seu percurso natural, e durante esta, incontáveis fatos extraprocessuais ocorrem, modificando todos os anseios, expectativas e desejos do litigante. Fatos notáveis como a morte, a doença, a

---

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 15 de outubro de 2015.

insolvência do jurisdicionado podem ocorrer fora do processo que, se moroso, agrava ainda mais a situação já angustiante daquele que espera por uma resposta estatal.

Não obstante o valor incomensurável inerente ao fenômeno temporal, é de se ressaltar que, segundo Marinoni, “o tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo.”<sup>9</sup> Prossegue nosso ilustre processualista:

“Certamente por isso foi jogado nas costas do autor, como se a demora fosse exclusivamente problema seu. Acontece que o tempo é uma necessidade: é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar sua convicção, e uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo, direito esse que tem expressão no princípio do contraditório.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.229)

Logo, por ser ligado ao contraditório, o tempo deve ser distribuído entre as partes. Essa é, segundo Marinoni, a grande questão processual contemporânea, que em suas coerentes palavras, afirma: “Há que se distribuir o tempo entre as partes para se respeitar o princípio da isonomia e a ideia de democracia subjacente à noção de processo.”<sup>10</sup>

Assim, para que a Justiça tardia não provoque injustiças irreparáveis, há de se observar cuidadosamente o fator tempo, distribuindo-o de forma equânime e isonômica entre as partes, evitando que a parte que tenha a razão ou o direito suporte, sozinha, toda a carga do ônus probatório.

E foi pensando justamente deste modo que as ideias **de abuso de direito de defesa** e de **parcela incontroversa da demanda**, respectivamente postas no inciso II e no § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil, objetivam, segundo Marinoni, permitir a distribuição do ônus do tempo do processo. Ainda segundo o autor,

“quando o autor se desincumbe do ônus da prova do fato constitutivo, e o réu alega, de forma infundada, um fato impeditivo, modificativo ou extintivo (que lhe incumbe provar), a demora acarretada pela necessidade de produção de prova não deve ser suportada pelo autor. A tutela antecipatória abre oportunidade para a distribuição do tempo na medida em que o réu pode *abusar do seu direito de defesa*, apresentando uma defesa de mérito indireta (alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo) somente para protelar o momento da tutela do direito material (art. 273, II). Além disso, o autor tem o direito de obter a tutela do direito material quando esse se tornou incontroverso no curso do processo apenas porque deve ser produzida prova para esclarecer a outra parcela da demanda.”<sup>11</sup>

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.229

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.230

<sup>11</sup> ibidem

Portanto, entregar tempestivamente a tutela almejada pelo jurisdicionado não é mera obrigação do estado, mas sim um direito da parte a uma razoável duração do processo, beneficiando-se sempre a quem tem o direito, que é justamente a parte que sustenta o peso da morosidade estatal.

Concluindo o presente tópico, nas palavras do mestre Marinoni,

“O direito fundamental à duração razoável impõe a inversão da lógica que sempre dominou o processo civil brasileiro. Note-se que, se o autor tem o direito de obter a imediata tutela do direito evidenciado no curso do processo, também tem o direito à execução imediata da sentença que reconhece o direito material.<sup>12</sup>”

E é sobre o direito fundamental à duração razoável do processo que nos debruçaremos no próximo tópico.

---

<sup>12</sup> Ibidem

## 4.) DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

### 4.1) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FONTE DE INSPIRAÇÃO E CONCEITO

Direitos Fundamentais: quais são suas fontes de inspiração e qual a sua fundamentação ideológica? Começamos o presente subcapítulo por indagar pela origem de tão sublime direito, bem como de sua base empírica, filosófica e ideológica. Assim, segundo o professor José Afonso da Silva, amparando-se na doutrina francesa, diz que esta indica ser o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais as principais fontes de inspiração das declarações de direitos.<sup>13</sup> (SILVA, Afonso José da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg.172).

Entretanto, o mesmo autor afirma ser necessário

“ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo sua ideia de homem abstrato. Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova ideia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo.”<sup>14</sup> (SILVA, Afonso José. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 172)

E conclui o nobre e culto professor:

“Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nela consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação.” (SILVA, Afonso José. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 173)

<sup>13</sup>. Cf. Jacques Robert, *libertés publiques*, pp.32 e ss; Jean Rivero, *Les libertés publiques* \_ 1. *Les droits de l’Homme*, pp. 33 e ss. Parcialmente no mesmo sentido, Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, pp. 13 e ss. Na Espanha, José Castán Tobenãs, *Los derechos del hombre*, pp. 38 e ss. No Brasil, João Oliveira filho, *Origem cristã dos direitos fundamentais do homem*, Rio de Janeiro, Forense, 1968.

<sup>14</sup>. Giorgio del Vecchio, que é de tendência jusnaturalista, percebeu isso, quando admitiu que a origem das declarações do direito do homem da Revolução Francesa se deveu a dois princípios> um real ou histórico e outro ideal ou lógico. Cf. *La Declaration des Droits de l’Homme et du Citoyen dans la Révolution Française*, p.17.

Relatados sucintamente as possíveis fontes ideológicas dos direitos fundamentais, passemos a conceituá-los.

Antes, ressalte-se que a CF confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, C.F), seja inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, C.F), e assim protegendo-os não apenas do legislador ordinário, mas também do poder constituinte reformador.<sup>15</sup>

Luiz Guilherme Marinoni doutrina que os direitos fundamentais podem ser vistos nos sentidos material e formal. Nesse último sentido, pensa-se nos direitos fundamentais catalogados sob o Título II da CF, embaixo da rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais.” Porém, admite-se a existência de direitos fundamentais não previstos nesse Título. Tais direitos seriam fundamentais porque repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, quando se diz que possuem uma fundamentalidade material.<sup>16</sup>

Como corolário desta colocação jurídica, nós temos que o art. 5º da CF – primeiro artigo do Título II – afirma, no seu § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Essa norma permite, por meio da aceitação da ideia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF e, por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5º, § 2º, da CF instituiu um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material.<sup>17</sup>

Assim, segundo o renomado constitucionalista brasileiro, José Afonso da Silva,

“A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para desingá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.” (SILVA, Afonso José. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 175)

Desta feita, amparamo-nos terminologicamente nas seguintes conceituações dos direitos fundamentais expressadas por José Afonso da Silva:

<sup>15</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista de Direito do Consumidor, v.30, p.98 e ss.

<sup>16</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Teoria Geral do Processo. Ed. Revista dos Tribunais, v.1, p. 68 e ss.

<sup>17</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Teoria Geral do Processo. Ed. Revista dos Tribunais, v.1, p. 69 e ss.

“(...) Direitos naturais: diziam-se direitos naturais por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem.

Direitos humanos: é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos.

Direitos individuais: dizem-se os direitos do indivíduo isolado. Ressumbra individualismo que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII.

Direitos públicos subjetivos: constituem um conceito técnico jurídico do Estado Liberal, preso, como a expressão ‘direitos individuais’, à concepção individualista do homem; por isso também se tornou insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais.

Liberdades fundamentais e liberdades públicas: são também expressões usadas para exprimir direitos fundamentais. (...)” (SILVA, Afonso José. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 176-177)

Contudo, a que melhor expressa os direitos do cidadão frente ao Estado é a conceituação de direitos fundamentais, que nas palavras de José Afonso da Silva,

“Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.” (SILVA, Afonso José. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 178)

Por seu turno, e para fechar o aludido subcapítulo, o jusfilósofo Norberto Bobbio ensina acerca dos direitos do homem que:

“Os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súdito, relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992, p.4)

#### 4.2) DO DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com enfoque na relevância do cidadão frente ao Estado, partiremos para uma análise do estudo do direito de ação como um direito fundamental, direito este expresso na pretensão dos litigantes em ver satisfeita pelo Estado-Juiz a prestação jurisdicional que lhes é devida de um modo efetivo e, portanto, tempestivamente.

Nesta esteira, são precisas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, que apregoa que

“o direito de ação pode permitir a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (mandado de segurança), a realização dos direitos fundamentais sociais (direito à educação), a satisfação dos direitos fundamentais de proteção (direito do consumidor), ou mesmo servir de canal para a participação no poder e na reivindicação dos direitos fundamentais (ação popular e ação coletiva).” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.210)

Continua o mestre processualista,

“O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. Mesmo quando se pensa na ação como conduto de participação, e se considera que a participação pode se dar por outros diversos meios, não há como deixar de concluir que sem ela (a ação coletiva) a participação do cidadão na reivindicação dos direitos fundamentais ficaria severamente prejudicada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.210-2011)

Ademais, afirma Marinoni que

“o direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.211)

Logo, para viabilizar este direito fundamental, o legislador propicia aos operadores do direito técnicas processuais capazes de dar guarida à tutela jurisdicional do direito almejada.

Neste diapasão, segundo Marinoni,

“O Estado tem o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição. Por isso, há tutela normativa,

tutela administrativa e tutela jurisdicional dos direitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.249)

Assim que por essa razão, não há como deixar de constatar que a tutela antecipada não é uma técnica processual, mas a antecipação da forma de tutela capaz de atender ao direito material.

E conclui o mesmo autor que,

“A ação adequada é a ação conformada a partir da tutela jurisdicional do direito. Ou melhor, assim como existem várias formas de tutela jurisdicional dos direitos \_ como a tutela jurisdicional inibitória etc. \_, devem existir ações adequadas a cada uma dessas tutelas jurisdicionais, não importando para tanto, como é óbvio, a previsão de procedimentos especiais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.265)

Portanto, ante todo o exposto, resta evidente que o conceito clássico de ação típica para cada tipo de pretensão já fora há muito superada, dando lugar a um direito de ação concreta, visando dar efetividade ao comando normativo constitucional que prevê uma prestação jurisdicional tempestiva, dentro do razoável.

#### 4.3) DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO COMANDO NORMATIVO QUE PREVÊ A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Salientamos, inicialmente, para o fato de que o legislador constituinte originário já havia, implicitamente, expressado na letra da lei que o processo deveria ter seu curso razoável, elevando o direito à razoável duração do processo a uma categoria normativa constitucional, através da promulgação da carta magna de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, afirma que “a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que, segundo Marinoni, por si só já garante a tempestividade da tutela jurisdicional<sup>18</sup>.

Porém, para deixar expresso que o Estado tem o dever de prestar a justiça em prazo razoável e o cidadão o direito de obter a tutela jurisdicional de modo tempestivo, a Emenda Constitucional nº45/2004 agregou ao art. 5º inciso que instituiu o direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Diz esse inciso (C.F, art. 5º, LXXVIII) que “a todos, no âmbito judicial e

---

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.211

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação<sup>19</sup>”, explicitando, desta forma, o então consagrado direito fundamental à duração razoável do processo.

Entretanto, José Afonso e Silva já acentuava ser despidendo o novo inciso. Afirmou o constitucionalista que o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize com o declarado.<sup>20</sup>

Por lições doutrinárias sabemos que, amparando-se na doutrina de José Afonso da Silva, as normas constitucionais se classificam quanto à aplicabilidade de seus preceitos, em normas de aplicabilidade direta e imediata ou indireta e mediata e, quanto à eficácia emanada, em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Desta forma o nosso mestre constitucionalista nos conceitua o elucidado acima:

“(…) Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considera-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias:

- I- Normas constitucionais de eficácia plena;
- II- Normas constitucionais de eficácia contida;
- III- Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduziada.

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.” (SILVA, Afonso José da. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS – P. 82)

<sup>19</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 15 de julho de 2015.

<sup>20</sup> Afonso da Silva, José. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 432.

Portanto, ante o acima elucidado, questionamos: o dispositivo acrescido pela EC nº 45/2004 ao art. 5º da CF, se enquadra, quanto à eficácia de seu preceito, em qual das classificações acima apontadas pela teoria Tricotômica de José Afonso da Silva, bem o que se dizer quanto à sua aplicabilidade?

Segundo o advogado Luís Carlos Moro, em artigo publicado na revista eletrônica *Conjur*, quanto a aplicabilidade do referido dispositivo, diz esta ser imediata, senão vejamos:

“Quanto à aplicabilidade imediata, cuida-se de aspecto incontestável, que decorre não somente do § 1º que sucede ao inciso acrescido, o qual passa a ser o último do extenso rol do artigo 5º da Carta Magna e declara que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, como também do artigo 10º da própria emenda constitucional, que afirma a entrada em vigor na data da publicação, o que ocorreu, como sói ocorrer com alterações importantes na legislação, no último do ano de 2004. Em suma, vigora e é imediatamente aplicável.

Passa, então, a ser exigível o direito à razoável duração do processo. (...)”<sup>21</sup>

Assim, liquidez e certeza nos dão o inciso acrescido e sua redação, sendo passível mesmo de mandado de segurança caso descumprido. A exigibilidade também é assegurada pela Emenda 45.

No tocante à eficácia, JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu estudo sistemático sobre o assunto, reconhece-lhes apenas eficácia contida, na consideração de que:

"Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata" (...) "A orientação Doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos." (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.165.)

Todavia, esse mesmo constitucionalista, analisando o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, faz a seguinte ressalva:

"Então...que valor tem o disposto no § 1º o art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes." (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.165.)

---

<sup>21</sup> MORO, Luís Carlos. Como se define a “razoável duração do processo”, prevista na Reforma. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2005-jan-23/definir\\_razoavel\\_duracao\\_processo](http://www.conjur.com.br/2005-jan-23/definir_razoavel_duracao_processo). Acesso em 15 de julho de 2015.

Nessa linha de raciocínio, que se orienta na direção de atribuir eficácia plena e aplicabilidade imediata às normas que consagram direitos fundamentais, está o magistério de ALEXANDRE DE MORAES, *in verbis*:

"Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". (MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997. p.42)

E nesse mesmo sentido, mencione-se o entendimento de LUIZ ROBERTO BARROSO<sup>22</sup>, INGO WOLFGANG SARLET<sup>23</sup> e ALESSANDRA MENDES SPALDING<sup>24</sup>.

Nos fundamentos desta teoria, pode-se encontrar em CANOTILHO<sup>25</sup> a defesa do princípio da máxima eficiência ou máxima eficácia. E em JORGE MIRANDA a afirmação de que "A uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê". (JORGE MIRANDA apud BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2. ed. Celso Bastos Editor: 1999. p.104)

Entre nós, CELSO BASTOS sustenta a idéia de que esvaziar de conteúdo uma norma constitucional equivale a violar a própria Constituição, *in verbis*:

"O postulado (da máxima eficácia das normas constitucionais) é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. O que efetivamente significa este axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, neste ponto, acaba por ser um reforço do postulado da unidade na Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição." (BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2. ed. Celso Bastos Editor: 1999. p.104.)

Por fim, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., sob prisma diverso, traz à baila semelhante questão, distinguindo a hermenêutica tradicional – à qual se refere como procedimentos interpretativos de bloqueio – daquela que estaria em sintonia com a nova ordem constitucional – que denomina de procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais, voltados à consecução de determinadas aspirações ou "metas privilegiadas

<sup>22</sup> LUIZ ROBERTO BARROSO apud SPALDING, 2005. p.34.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>24</sup> SPALDING, Alessandra Mendes. Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 31

<sup>25</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES apud BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2. ed. Celso Bastos Editor: 1999. p.104.

até mesmo acima ou para além de uma conformidade constitucional estritamente formal", observando:

"Ora, a idéia, subjacente a esse procedimento interpretativo de legitimação, de que constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas expectativas de realização e concreção só pôde ser atendida, juridicamente, na medida em que se introduziu na hermenêutica constitucional uma consideração de ordem axiológica. Ou seja, pressupondo-se que uma constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, se torna uma realização de valores". (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais. In: Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990. p. 12-14)

#### 4.4) COMO MENSURAR O VALOR “RAZOÁVEL” DENTRO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL?

Agora, entramos num ponto extremamente crítico do presente capítulo: como mensurar empiricamente o valor “razoável” para, desta forma, dar efetividade ao direito fundamental ora em comento?

Para Houaiss, há quatro acepções para esse adjetivo de dois gêneros: “1.aceitável pela razão; racional/injusto 2. Que tem bom senso/insensato 3. Não excessivo 4. Nem bom nem mau; aceitável.<sup>26</sup>”

Entretanto, o seu significado semântico não é suficiente para nos dar guarida sobre o seu real alcance no universo jurídico.

Assim, do ponto de vista jurídico, trata-se de um postulado usado para dirimir conflitos entre princípios constitucionais. É assim que podemos trazer à tona referido postulado para, ponderando-se os bens prestação do bem da vida a quem de direito x segurança jurídica do demandado, ver o que tem mais peso e, de maneira razoável e proporcional, ver a quem a balança penderá.

Para reforçar o aludido acima, veja o que o jurista brasileiro Humberto Ávila disserta a respeito do postulado da Razoabilidade:

“A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa.<sup>27</sup>Enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades. Embora as decisões dos Tribunais Superiores não possuam uniformidade terminológica, nem utilizem critérios expressos e claros de

<sup>26</sup> Dicionário Houais, 2ªed., Editora Moderna Ltda., 2004, Rio de Janeiro., p.624

<sup>27</sup> Paul Kirchhof, Die Verschiedenheit der Menschen und die Gleichheit vor dem Gesetz, pp. 8 e ss.

fundamentação dos postulados de proporcionalidade e razoabilidade, ainda assim é possível \_ até mesmo porque isso se inclui nas finalidades da Ciência do Direito \_ reconstruir analiticamente as decisões, conferindo-lhes a almejada clareza. Por isso, não se pode afirmar que a falta de utilização expressa de critérios no exame da proporcionalidade e da razoabilidade não permita ao teórico do Direito saber, mediante a reconstrução analítica das decisões, quais são os critérios implicitamente utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>28</sup>

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. São essas acepções que passam a ser investigadas.” (ÁVILA, Humberto, TEORIA DOS PRINCÍPIOS – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ªed. Editora Malheiros, 2011, São Paulo . pgs. 163-164)

Desta feita, reiteramos que o magistrado deverá fazer um esforço hermenêutico ante o caso concreto para dar o bem da vida pretendido pelo demandante sem, contudo, sobrecarregar o demandado. Deverá realizar uma verdadeira pesagem com sua balança para, proporcionalmente, ver para que lado esta pende: deverá ponderar entre esses dois bens da vida para assim decidir de forma mais próxima à justiça possível.

Saliente-se que anteriormente havia uma grande preocupação com a segurança jurídica, que atualmente acabou por perder espaço para a perspectiva de uma maior celeridade e efetividade para a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, o juiz de Direito Orlando Luiz ZANON JUNIOR assinala:

“Certamente, há um profundo abismo, imposto pela realidade (ou seja, pelas possibilidades fáticas e jurídicas), entre a previsão constitucional da razoável duração do processo (intuitivamente incorporada à ordem jurídica, mesmo antes da consagração expressa) e a efetiva observância de critérios de celeridade nos feitos judiciais, como aliás, não é incomum em se tratando das prerrogativas essenciais, conforme se depreende da evolução histórica dos direitos humanos. Mesmo assim, a garantia fundamental à razoável duração do processo (agora expressamente) enseja a promoção de medidas pela tempestiva resolução da contenda, seja como parâmetro para conformação das regras ordinárias processuais (regras do jogo) ou, ainda, como orientação para que os envolvidos na atividade jurisdicional (magistrado, partes, advogados, servidores e auxiliares) promovam a argumentação/discurso de forma razoavelmente célere.” (Revista da academia judicial. Ano I, n. o (2010) – São Paulo: Conceito Editorial, 2010; 17 cm. p, 309- 310.)

<sup>28</sup> Com diversa compreensão, cf. Luís Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável.”

Portanto, como dissertamos no presente subtítulo, havia e ainda há um choque inevitável entre dois bens da vida juridicamente tutelados pelo legislador: direito à prestação da tutela jurisdicional efetivamente tempestiva pelo demandante X segurança jurídica do demandado. Ocorre que o fator tempo tende a pesar para o lado da balança do demandante, que corre contra os efeitos deste. Assim que para amenizar suas deletérias consequências que doutrina e jurisprudência hoje majoritárias entendem ser o mais justo colocar sobre aquele que não tem direito o pesado ônus probatório, invertendo tal lógica para desta feita socorrer aquele que efetivamente possui o direito e que, muitas vezes, é prejudicado pelo agir evidentemente protelatório do réu.

E, no tocante à sua mensuração, observamos que a mesma sempre se fará diante de um caso concreto, o qual será empiricamente analisado pelo magistrado, ante as provas que lhe forem demonstradas.

#### 4.5) A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AVANÇOS, RETROCESSOS E ESTAGNAÇÃO.

Assim dispõe o novo Código de Processo em seu art. 4º, acerca da razoável duração do processo, *in verbis*: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.”<sup>29</sup> Nestes termos, consagra-se o princípio constitucional à razoável duração do processo.

Aliás, consta da nova sistemática processualística civil a divisão do código em duas Partes, reservando-se à primeira, denominada de Parte Geral, todos os institutos peculiares a esta ciência jurídica bem como um sólido arcabouço principiológico, pois que, nesta atual codificação, foi intenção explícita do legislador criar um texto amplamente amparado nos princípios constitucionais, fazendo-se, desta feita, uma interpretação de toda a legislação processual civil baseada nos preceitos e dogmas constitucionais, a fim de dar máxima efetividade aos seus comandos normativos.

Que a atual codificação processual civil avançou em importantes pontos não resta dúvida. Assim, podemos apontar para a atual sistematização, a qual possui uma inegável coerência sistêmica, v.g, os procedimentos especiais deixaram de se tornar um livro a parte,

---

<sup>29</sup>BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, NOVO CPC. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em 15 de julho de 2015.

vindo a integrar um título próprio dentro do livro reservado ao processo de conhecimento, logo abaixo do título dedicado ao procedimento ordinário; o processo cautelar deixou de existir enquanto processo; houve a simplificação da intervenção de terceiros estranhos ao processo, dentro outras significativas mudanças.

Doravante, não obstante os avanços de ordem sistêmica acima apontados, Marinoni destaca que:

“Afirma-se que o novo Código de Processo Civil cumpriu a ‘promessa’ constitucional de duração razoável do processo, estabelecida no art. 5º, LXXVII da Constituição Federal. É indiscutível que o legislador tem o dever de tutelar os direitos fundamentais e, portanto, inclusive o direito fundamental à duração razoável do processo. Esqueceu-se, porém, que a ‘duração razoável’ não pode ser alcançada em um sistema em que o duplo juízo sobre o mérito é visto como dogma e a sentença, em regra, só tem valor depois de reafirmada pelo tribunal, bem como se ignorou que as tutelas antecipatória e de evidência logicamente pressupõem a execução provisória.”(MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. O Novo Processo Civil. 1º Edição. Editora: Revista dos Tribunais, 2014)

De fato, trata-se de um erro inequívoco entregar a resposta definitiva da lide nas mãos de quem não teve efetivo contato com as partes. Logo, é o juiz quem tem um contato imediato com as provas a serem produzidas, repousando sobre elas o seu juízo de valor equânime, ponderado e coerente com os anseios dos litigantes, pois que estreitamente interligado a todo o arcabouço probatório produzido.

Assim, para o autor, o duplo grau de juízo não é garantia constitucional nem muito menos princípio fundamental de justiça. Muito mais importante do que obrigar o tribunal a fingir que analisa sentenças que definem casos sem qualquer complexidade é o direito de acesso à Justiça, que tem como corolários os direitos à efetividade da tutela jurisdicional e à duração razoável do processo, os quais evidentemente não poderão ser tutelados enquanto se tiver como necessário dois juízos repetitivos sobre o mérito em qualquer tipo de causa civil, inclusive para que a sentença possa ter algum efeito prático.

Além disso, afirma o autor:

“A demora da prestação jurisdicional, que é um dos grandes problemas do processo civil moderno, recomenda que o duplo grau não seja exigido, ao menos naquelas causas de maior simplicidade, diante das quais o órgão de segundo grau dificilmente chegaria a uma decisão diversa daquela que foi tomada pelo juiz de primeiro grau de jurisdição.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ª ed., v.2, Revista dos Tribunais, p 490)

Continua o autor:

“Como é sabido, o recurso transformou-se em boa desculpa para o réu sem razão protelar a definição da causa. É preciso, portanto, que voltemos a atenção àquelas demandas mais simples, nas quais a previsão de um juízo repetitivo sobre o mérito só pode beneficiar a parte que não tem razão. É mais do que evidente que a ‘insegurança’, a qual impede a busca da ‘segurança jurídica’, não pode retirar a efetividade do processo, até porque não se concebe um ordenamento jurídico sem instrumentos processuais adequados e efetivos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ªed. , v.2, Revista dos Tribunais, p 491)

E concluindo seu raciocínio acerca do tema, Marinoni faz uma interessante observação no tocante à falta de confiança depositada no juiz a quo, práxis corriqueira no trabalho forense, e que deve ser extirpada, pois que é exatamente o juízo a quo aquele que tem contato imediato com toda a colheita probatória, e não os tribunais, tão distantes do calor dos debates realizados nas salas de audiências presididas pelos juízes de primeiro grau. Assim, disserta Marinoni que “O duplo grau tem nítida relação com a ideia de que o juiz de primeiro grau não merece confiança e, assim, não deve ter poder para decidir sozinho as demandas<sup>30</sup>”. E o autor, para enfatizar sua crítica, recorda as palavras de Chiovenda que, em sua lição, preceitua que

“(…) não se conhecia, nos tempos primeiros, a pluralidade das instâncias; então, administrava diretamente a justiça o povo ou o rei. Quando, em lugar do povo, passaram a sentenciar determinados juízes, a tendência de quem perdia a lastimar-se do insucesso, exarcebado, ademais, pela efetiva possibilidade de erro e pela má-fé, assumiu, conforme o lugar, a forma de um ataque pessoal aos juízes ou procurou estorvar, por outros meios, a execução da sentença. Com a instituição, porém, da hierarquia própria dos regimes monárquicos, afigurou-se natural que a sentença do funcionário dependente sofresse impugnação perante o superior, até ao rei, a quem todos respondiam. Daí uma série, frequentemente numerosa, de instâncias: conflitos, questões, inconvenientes ao infinito.” (Giuseppe Chiovenda, instituições de direito processual civil, cit. , 1942, v. 1, p. 98)

Ademais, como afirma Marinoni, as tutelas antecipatória e de evidência pressupõem a execução provisória, e isto em razão de seu caráter satisfativo, o que, sem sombra de dúvidas, se negligenciadas pelo legislador, como afirma o nobre processualista, o dito comando normativo perde sua eficácia e razão de existência.<sup>31</sup>

Assim, para que as tutelas acima referidas possam contribuir para fazer cumprir a razoável duração do processo, é necessário dar efetividade às mesmas, fazendo valer provisoriamente a execução do requerido pelo demandante, até a solução definitiva da demanda.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ªed. , v.2, Revista dos Tribunais, p 491

<sup>31</sup> ibidem

Portanto, ante todo o exposto, observamos que nossa nova codificação processual civil sofreu inúmeras mudanças. Neste diapasão, constata-se que houve tanto estagnação em alguns pontos, quanto avanços e retrocessos em outros. Mas, no todo, como apontaremos ao longo de toda esta obra, a maior parte das mudanças podem ser vistas por um lado positivo, pois que, de fato, contribuíram para um processo mais célere, e, portanto, efetivo, de acordo com os anseios sociais e com o que preceitua o comando normativo.

#### 4.6) A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA VISÃO DA DOUTRINA E DE NOSSOS EXCELSIOS TRIBUNAIS

Assim, e ante todo o exposto, é a colocação do prof. Marinoni acerca deste direito fundamental já exaustivamente discutido nos parágrafos anteriores:

“Esse direito fundamental, além de incidir sobre o Executivo e o Legislativo, incide sobre o Judiciário, obrigando-o a organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e a adotar as técnicas processuais idealizadas para permitir a tempestividade da tutela jurisdicional, além de não poder praticar atos omissivos ou comissivos que retardem o processo de maneira injustificada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.228)

Assim, ainda segundo o renomado processualista,

“Os Juizados Especiais, caracterizados pela celeridade da prestação jurisdicional, constituem um órgão jurisdicional cuja supressão pode redundar em retrocesso violador do direito fundamental à duração razoável. O mesmo se pode dizer em relação as técnicas processuais que têm o objeto de garantir a tempestividade da tutela jurisdicional.

Um procedimento destituído de técnica processual capaz de possibilitar a antecipação da tutela em caso de “fundado receio de dano”, “abuso de direito de defesa” e “parcela incontroversa da demanda” (CPC, art. 273, I,II e §6º) certamente seria incompatível com o direito à duração razoável. Hoje o procedimento ordinário clássico, ou o processo de conhecimento tal como concebido pela doutrina chiovendiana, expressaria evidente inconstitucionalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.229)

Portanto, tendo-se em vista esta preocupação premente com a celeridade processual, ao menos em termos normativos, ao legislador constituinte derivado coube a incumbência de dar eficácia ao princípio constitucional ora em comento, fornecendo técnicas processuais eficientes e adequadas ao caso concreto, tudo para satisfazer a necessidade do jurisdicionado.

Deste modo, para Luiz Guilherme Marinoni,

“(...) não há mais como aceitar as desculpas de que, por exemplo, os juizados especiais não respondem à expansão da litigiosidade ou ao aumento do número de ações, ou mesmo de que determinado órgão judiciário está impedido de prestar a tutela jurisdicional em razão de acúmulo de serviço. Na verdade, a afirmação de que há acúmulo de serviço, ou de que a estrutura da administração da justiça não viabiliza a adequada prestação da tutela jurisdicional, constituem autênticas confissões de violação ao direito fundamental à duração razoável do processo. O acúmulo de serviço, assim como a falta de pessoal e instrumentos concretos, pode desculpar o juiz e eventualmente o próprio Judiciário, mas nunca eximir o Estado do dever de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.229)

Não é diferente o posicionamento de nosso Excelso Pretório no tocante a se efetivar tal princípio, como observamos da jurisprudência abaixo selecionada:

**STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 433512 SP (STF)**

**Data de publicação: 06/08/2009**

**Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. ILHA COSTEIRA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL. REGRAS DE COMPETÊNCIA. ART. 109 , I , DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EFETIVA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. **GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.** ART. 5º , LXXVIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO . SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. TRANSGRESSÃO DO DIREITO. 1. A interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação. A práxis social é, nesse sentido, elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição , o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. 2. Em recente pronunciamento, no julgamento do HC n. 94.916 , esta Corte afirmou que situaç[ões de exceção não ficam à margem do ordenamento, sendo por este capturadas, de modo que a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras. 3. No presente caso, as regras de competência (art. 109 , I da Constituição do Brasil), cuja última razão se encontra na distribuição do exercício da Jurisdição, segundo alguns critérios, aos órgãos do Poder Judiciário, não podem prevalecer quarenta e três anos após a propositura da ação. Assim há de ser em virtude da efetiva entrega da prestação jurisdicional, que já se deu, e à luz da **garantia constitucional à razoável duração do processo** (art. 5º , LXXVIII da Constituição do Brasil). Observe-se que a lide foi duas vezes --- uma na Justiça Estadual, outra na Justiça Federal --- resolvida, em sentenças de mérito, pela procedência da ação. Recurso extraordinário a que se nega provimento....

Assim também tem se posicionado nossos tribunais:

**TJ-CE - Apelação APL 00338516820128060001 CE 0033851-68.2012.8.06.0001 (TJ-CE)**

**Data de publicação: 19/08/2015**

**Ementa:** EMANTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA - PENSÃO POST MORTEM - PENSÃO PROVISÓRIA INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 31/2002 - PERCEPÇÃO PARCIAL DO BENEFÍCIO DURANTE O TRÂMITE DO **PROCESSO** DE CONCESSÃO DEFINITIVA DA PENSÃO - ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE MATERIAL DA NORMA ESTADUAL COM O ART. 40 , § 7º , INCISO I DA CF/88 – INEXISTÊNCIA - ALEGAÇÃO DE DEMORA INJUSTIFICADA PARA A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO - TESE ACOLHIDA - **PROCESSO** ADMINISTRATIVO PENDENTE HÁ QUASE 04 ANOS - MOROSIDADE QUE PRIVA A APELANTE DA INTEGRALIDADE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR TEMPO EXCESSIVO E DESARRAZOADO - AFRONTA À **GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO** ADMINISTRATIVO E AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A Lei Complementar Estadual nº 31/2002 instituiu e outorgou, enquanto não ultimado o **processo** administrativo que verifica a regularidade formal da pensão post mortem, a chamada "pensão provisória" às viúvas e demais dependentes de servidores públicos estaduais, a ser pago no valor de 80% (oitenta por cento) da pensão definitiva, conforme dispõe o art. 1º, parágrafo primeiro da dita Lei. 2. O pagamento da pensão provisória, segundo evidencia o próprio texto normativo, constitui uma situação transitória, sem possibilidade, em tese, de causar gravame irreparável ou de difícil reparação aos beneficiários, porque existe previsão expressa do pagamento das diferenças ao final do **processo** administrativo. 3. O caráter provisório e não definitivo da pensão, aponta que estes dispositivos não revelam qualquer incompatibilidade material com a ordem **constitucional**, sobretudo com o art. 40 , § 7º , inciso I da Constituição Federal . Seria diferente, por exemplo, se após a conclusão do **processo** administrativo e a concessão definitiva da pensão, permanecessem os impetrantes a receber qualquer percentual inferior a 100% (cem por cento) do valor do benefício, que corresponde à totalidade da última remuneração...

**TRF-2 - AG AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 201002010150226 (TRF-2)**

**Data de publicação: 26/04/2011**

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO CITAÇÃO DO RÉU NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. ARTIGO 127 , i, “21”, DA LEI DE REGISTROS PUBLICOS . RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NO EG. STJ. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. **GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**. ART. 5º , LXXVIII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - O registro da citação da demanda é direito previsto no art. 167, I, 21 da Lei nº 6.015 /73, cuja finalidade é dar publicidade a terceiros de que a propriedade do imóvel em questão está sendo discutida judicialmente. - Hipótese de ação real na medida em que se tem como objeto do pedido realizado pelo autor a tutela de um direito real, por se estar discutindo a propriedade do imóvel, nos termos do artigo 1225 , do Código Civil . - **Razoável**, portanto, o pleito de realização do Registro Imobiliário, principalmente dentro da perspectiva de concretude à **garantia constitucional de duração razoável do processo**, consagrada no artigo 5º , LXXVIII , do Texto **Constitucional** . Providência esta que se coaduna, igualmente, com os Princípios da Celeridade e da Instrumentalidade das Formas, a fim de resguardar a possibilidade de eventual domínio do Agravante sobre a área ora reivindicada. - Agravo de Instrumento provido

Portanto, resta evidente que o legislador ordinário não está inerte ante os anseios sociais gritantes por uma justiça mais célere. Assim, aprimorou-se inúmeras técnicas processuais para fazer cumprir o comando normativo constitucional. Uma destas técnicas são as necessárias e tão bem vindas Tutela antecipada e tutela de evidência, esta ponto nevrálgico de todo este trabalho acadêmico, a qual terá o condão de fechar todo o raciocínio exposto até o presente momento.

## **5.) DA TUTELA ANTECIPADA: CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS PARA SE COMPREENDER O ALCANCE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA**

### 5.1) NOTA INICIAL

Falaremos agora, antes de adentrarmos em tutela de evidência, sobre um importante instrumento processual criado por juristas tupiniquins: a tutela antecipada.

Trata-se de uma passagem obrigatória para compreendermos este novo instituto, a tutela de evidência, presente na legislação processual aprovada por nossos representantes no Congresso e que entrará em vigor já no ano que vem.

Um instituto moderno e adequado aos anseios sociais, os quais clamam por uma justiça célere, equânime e tempestiva.

Enfim, um instrumento processual capaz de contribuir e muito para dar efetividade ao comando normativo constitucional que prevê uma razoável duração do processo como sinônimo de Justiça Social e como uma forma de prestar uma garantia constitucional a este que foi elevado a direito fundamental, previsto no exaustivo rol do art. 5º de nossa Carta Magna.

Assim, iniciemos este tópico com esta orientação acerca do instrumento antecipatório feita pelo mestre Marinoni, que deveria ser religiosamente seguida por todos os operadores do direito:

“É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para timidez no seu uso, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão). O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário \_ no qual alguns imaginam que ele não erra \_ para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos “novos direitos” e que também tem que entender \_ para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social \_ que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a obra de Calamandrei <sup>32</sup>, sistematizando as providências cautelares. ((MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ªed. , v.2, Revista dos Tribunais, p 196-197)

---

<sup>32</sup> Introduzione allo stuio sistematico dei provvedimenti cautelari

## 5.2) DA ORIGEM DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Nas sempre bem vindas palavras de Marinoni,

“A morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil.

A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final.

A tutela antecipatória, em outras palavras, foi tratada como tutela cautelar, embora esta última tenha por fim apenas assegurar a viabilidade da realização do direito. É claro que essa distorção foi fruto da necessidade de celeridade e da exigência de efetividade da tutela dos direitos. Mas era necessária a sistematização das formas de tutela sumária; tal sistematização foi resultado da manifestação da técnica processual a serviço dos ideais de efetividade do processo e, portanto, de efetivo acesso à ordem jurídica justa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ª ed. , v.2, Revista dos Tribunais, p 195-196)

Deste modo, conforme elucidado acima, percebemos que o procedimento ordinário previsto na codificação de 1973 já se apresentava ineficiente antes mesmo da entrada em vigo da tutela antecipatória, isso no ano de 1994.

A isso, obviamente, deve-se inúmeros motivos, já amplamente debatidos no capítulo 2 do presente trabalho. Porém, o que importa neste momento frisar era a falha da própria codificação, e não as falhas decorrentes de fatores extraprocessuais.

Assim, resta evidente que o modelo processual clássico adotado em 1973 foi sendo ao longo dos anos superados pelo acúmulo de demandas de nosso Judiciário, ocasionada pelo crescimento irrefreável da população urbana, consequência de um inevitável êxodo rural.

Portanto, ante a complexidade das novas causas que foram surgindo em nossa alarmante e efusiva sociedade de consumo, pautada pelo imediatismo de seus valores, em que cada vez mais os direitos foram se pautando pela coletividade, transindividualidade e difusividade de seus comandos, atingindo uma camada cada vez mais uniforme, houve a necessidade de reformular-se toda a teoria da ação, também já discutida no capítulo 3 da presente obra, criando-se um direito fundamental a uma ação concreta, o que, conseqüentemente, obrigou o legislador ordinário a reestruturar todo o velho procedimento ordinário, pois que ineficiente aos novos anseios sociais.

Deste modo, ante a inefetividade de tal procedimento, criou-se uma verdadeira válvula de escape através do art. 794 do Código de Processo Civil, o qual preceitua que:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.<sup>33</sup>”

De fato, através de citado dispositivo, houve a sumarização do procedimento ordinário através da tutela cautelar. Entretanto, segundo Marinoni, o uso da tutela cautelar com fim satisfativo, ou como técnica de antecipação da tutela de conhecimento, aliado ao problema, que se verificava com muita frequência na prática forense, da desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material e da impossibilidade da realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo, levou o legislador brasileiro a introduzir no Código de Processo Civil a norma que hoje consta no art. 273, *in verbis*:<sup>34</sup>

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,<sup>35</sup> se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

<sup>33</sup> BRASIL, LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em 12 de junho de 2015.

<sup>34</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Processo de Conhecimento. 10º ed., Editora Revista dos Tribunais, v.2, p.196

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado<sup>36</sup>.”

Frise-se que, conforme MARINONI, e também conforme se deduz do corpo da própria lei, a tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC), mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (art. 273, II e § 6º, do CPC).<sup>37</sup>

Portanto, concluímos que a origem da técnica antecipatória é bem próxima à “válvula de escape” criada pelo art. 794 do CPC, mas, como veremos no tópico a seguir, com ela não deve ser confundida.

### 5.3) DA DESNECESSÁRIA CONFUSÃO COM A CAUTELAR

#### 5.3.1) TUTELA DO DIREITO X TÉCNICA PROCESSUAL

Neste tópico, buscamos, para evitar qualquer tipo de confusão entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, trazer ao presente trabalho monográfico, uma breve anotação sobre a distinção feita pelo professor Luis Guilherme Marinoni entre Tutela do direito e técnica processual, fundamentais para que possamos evitar tal equívoco quando do discernimento entre qual tutela cabível ante o caso concreto, se tutela cautelar ou tutela antecipada.

Assim, para o citado autor:

“Muito embora seja ‘costume’ falar em tutela jurisdicional dos direitos, é preciso que se deixe claro que o jurista que estuda o processo civil na perspectiva da tutela jurisdicional tem sério compromisso em pensar em um processo que possa responder, com efetividade, às diversas necessidades de tutela do direito material. Não se trata, portanto, de utilizar a expressão ‘tutela’ apenas por amor conceitual \_ ou, o que é pior, por simples preferência terminológica \_, mas de tentar elaborar uma construção dogmática capaz de dar conta das diferentes necessidades de tutela dos direitos, tomando em consideração suas peculiaridades e características, e, principalmente o papel que pretendem cumprir na sociedade.

<sup>36</sup> BRASIL, LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em 12 de junho de 2015.

<sup>37</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Processo de Conhecimento. 10º Ed. Revista dos Tribunais, v.2, p.196

O que se quer dizer, em outras palavras, é que é preciso delinear as tutelas capazes de responder às diferentes necessidades do direito substancial.

A tutela jurisdicional, em determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido. Porém, quando se pensa nos meios processuais, concebidos pela lei, para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela. Quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional do direito.

Quando se percebe a necessidade de distinguir os meios (que permitem a prestação da tutela) do fim ou do resultado a ser obtido no plano do direito material (ou seja, da tutela jurisdicional do direito), torna-se evidente a distinção entre técnica processual e tutela jurisdicional do direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ªed. , v.2, Revista dos Tribunais, p. 428-429)

“(...)”

“Deixe-se claro, assim, que as tutelas dos direitos estão no plano do direito material, ao passo que as sentenças e os meios executivos, assim como todas as técnicas para a adequada tutela dos direitos, estão no plano do direito processual.” MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ªed. , v.2, Revista dos Tribunais, p.430

Assim, salientamos para o fato de a antecipação dos efeitos da tutela ser uma técnica processual idônea a satisfazer uma pretensão de direito material, pertencendo, desta forma, ao plano processual.

Por sua, a tutela cautelar é uma tutela jurisdicional do direito propriamente dita, pois que visa a assegurar a utilidade do direito material perseguida em órbita judicial, pertencendo, por conseguinte, ao plano de direito de material.

Portanto, esta é uma distinção de fundamental valia para o emprego da boa técnica processualística. Ganha a ciência, ganha o jurisdicionado, ganha os operadores do direito, ganha toda a sociedade.

### 5.3.2) TEORIA DA “COGNIÇÃO JUDICIAL”: BREVES APONTAMENTOS PARA SE COMPREENDER O ALCANCE DAS DECISÕES QUE CONCEDEM AS DITAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Para que possamos abrir nossos horizontes em relação a tão instigante instituto, trouxemos à presente monografia a teoria da “cognição judicial”, muito bem explicada pelo mestre Fredie Didier Jr. no volume 1 de sua coleção de Direito Processual Civil lançada pela editora Juspodvim.

Assim, para o autor supracitado:

“A cognição é um dos mais importantes núcleos metodológicos para o estudo do processo moderno (junto com o procedimento e a tutela jurisdicional, cujos conceitos estão intimamente relacionados com o de cognição). Basta ver que a própria noção que se tem de cada tipo de processo (conhecimento, cautelar e execução) estrutura-se a partir do grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles.

A análise da cognição judicial é, portanto, o exame da técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação. É importante perceber que o objeto da cognição é formado por essas questões.” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.329)

Ainda segundo Didier, A cognição pode ser considerada o cerne do exercício da função jurisdicional, visto que a atividade do magistrado consiste em apreciar os argumentos de fato e de direito deduzidos no processo (ou cognoscíveis de ofício), dando fim à atividade jurisdicional, decidindo ou não a lide. (FRIEDE, Reis; KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago. A tutela de urgência no processo civil brasileiro. Niterói-RJ: Impetus, 2009, pg.16)

Logo, feita essa explanação sobre a importância deste plano teórico, podemos passar ao exame das espécies de cognição admitida pela teoria em relevo.

Portanto, ainda citando o trabalho do mestre Didier, colocamos a esta monografia o seguinte entendimento: A cognição é classificada sob duas perspectivas: a cognição em sentido horizontal e em sentido vertical (FRIEDE, Reis; KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago. A tutela de urgência no processo civil brasileiro. Niterói-RJ: Impetus, 2009.)

Desta feita, citando Lemos, temos que

“Quanto ao plano horizontal, seria o objeto cognoscível ou o conflito de interesses colocado dentro das suas convenientes limitações pela parte ativa, ou seja, ainda que o conflito na sua extensão tenha maior amplitude, ele é limitado pela conveniência ou, às vezes, pela própria lei, como, por exemplo, quando impede a discussão de questão dominial em sede de ação possessória. (...) Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida. O limite é imposto ao sujeito cognoscente objetivamente, ou seja, ou pelas partes, que delimitam a extensão do litígio, ou pela própria lei, que restringe a extensão do litígio a parâmetros predeterminados.” (NUNES, Luiz Antonio. Cognição judicial nas tutelas de urgência. São Paulo: Saraiva, 2000. pg 33-34)

Desse modo, entende-se que a cognição horizontal está ligada a apreciação de questões dentro do processo, ou seja, a quantidade de matérias, assuntos ou temas que podem ser analisados pelo juiz, é a extensão ou amplitude da atividade (FRIEDE, KLIPPEL e ALBANI, 2009).<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> (FRIEDE, Reis; KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago. A tutela de urgência no processo civil brasileiro. Niterói-RJ: Impetus, 2009.)

Leciona Friede, Klippel e Albani:

“A extensão da cognição está ligada à possibilidade de o órgão julgador analisar as três modalidades ou categorias cognoscíveis no processo, que são as condições da ação, os pressupostos processuais e o mérito. O procedimento que permite, em abstrato, a cognição dessas três modalidades, sem restrições, adota o método de cognição plena (cognição horizontal completa). Permitir a cognição não significa implementá-la em todos os casos desenvolvidos por meio deste procedimento. Exemplificativamente, tem-se que demanda que tramita pelo procedimento ordinário pode ser extinta, em dada situação, sem resolução de mérito (casos do art. 267 do CPC). No entanto, era prevista em abstrato a cognição de outras matérias, de forma ampla, como as de mérito.” (FRIEDE, Reis; KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago. A tutela de urgência no processo civil brasileiro. Niterói-RJ: Impetus, 2009., p.19)

A cognição vertical por sua vez, está relacionada a profundidade da apreciação da causa pelo julgador.

Explica Friede, Klippel e Albani:

“Quando se falar em cognição em seu aspecto vertical ou profundidade, quer-se identificar (i) qual o grau de convencimento que o magistrado desenvolveu, ao analisar uma questão – profundidade em seu aspecto subjetivo; bem como (ii) qual foi a quantidade de elementos de convicção, probatórios, que teve à sua disposição – profundidade no sentido objetivo.

A cognição vertical pode ser **exauriente ou sumária**. Será sumária quando a profundidade da análise, em aspecto subjetivo e objetivo, são realizados de forma mínima, ou seja, o magistrado não possui a certeza das razões do autor, tampouco fez uso de todos os meios de convencimentos disponíveis para alcançar a certeza das razões, mas nelas vê uma plausibilidade. Já a cognição exauriente é completa, pois o juiz está completamente convencido de seu juízo, bem como utilizou todos os elementos probatórios submetidos ao contraditório para decidir (FRIEDE, KLIPPEL e ALBANI, 2009., p.20).”

As tutelas de urgência são, portanto, em regra, proferidas com base em cognição sumária.

### 5.3.3) ENFIM, PORQUE NÃO SE CONFUNDIR

É importante distinguir a tutela cautelar da tutela antecipatória. Assim, segundo Marinoni,

“A provisoriedade, isto é, o fato de a ‘decisão’ ser dotada de cognição sumária não é nota que possa servir para essa distinção. A tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado. A tutela cautelar não pode assumir uma configuração que desnature sua função, pois, de outra forma, restará como simples tutela de cognição sumária (...).” (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. 10º ed. Editora Revista dos Tribunais, v.2, p.197)

E ainda adverte o nobre processualista:

“A distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é evidente. Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da ‘antecipação da tutela’, e essa ‘antecipação’ \_ segunda a jurisprudência \_ não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de ‘fundado receio de dano’ e de ‘abuso de direito de defesa’, nele inserindo o art. 273.”(MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. 10º ed. Editora Revista dos Tribunais, v.2, p.197)

Deste modo, conforme frisado acima, a tutela antecipada surgiu como uma forma de satisfazer o direito daquele que possui a razão, daquele a quem o direito pertence.

Ainda para deixar bem clara a diferença entre os dois institutos, em que tão comumente nossos operadores pecam por confundi-los, valemo-nos de um quadro sistemático de autoria do professor Fredie DIDIER JR., em que o mesmo sintetiza os traços distintivos entre os mesmos. Assim, nós temos que:

<b>TRAÇOS DISTINTIVOS</b>	<b>TUTELA ANTECIPADA</b>	<b>TUTELA CAUTELAR</b>
<b>Função</b>	Dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou não)	Assegura futura eficácia de tutela definitiva (satisfativa). É uma tutela definitiva não-satisfativa (com efeitos antecipáveis).
<b>Natureza</b>	Atributiva (satisfativa) ou conservativa (cautelar)	Sempre conservativa
<b>Pressupostos (verossimilhança)</b>	Normalmente mais rigorosos (quando for atributiva): prova inequívoca a verossimilhança do direito.	Normalmente mais singelos (por ser conservativa): simples verossimilhança do direito acautelado.
<b>Pressupostos (urgência)</b>	Pode pressupor urgência ou não.	Sempre pressupõe urgência.
<b>Estabilidade</b>	Provisória (a ser confirmada). Precária	Definitiva. Predisposta à imutabilidade.
<b>Cognição</b>	Sumaria	Exauriente. Sumária é a cognição do direito acautelado.
<b>Temporiedade (eficácia)</b>	Temporária (se conservativa ou se atributiva revogada) ou perpétua (se atributiva e confirmada)	Temporária.

Quadro 1: DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.469

Assim, conclui o nobre professor que

“em suma, a tutela cautelar é, ao lado das tutelas de execução e certificação, uma das três modalidades de tutela jurisdicional definitiva. A tutela antecipada é uma técnica que permite a antecipação dos efeitos de uma tutela definitiva (qualquer umas das

três, inclusive a cautelar)” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.469)

Portanto, feitas tais considerações, partimos para o estudo dos pressupostos exigidos para a concessão da tutela antecipada.

Antes, todavia, frise-se que **ambas são formas de TUTELA DE URGÊNCIA** (grifo nosso), e assim devem ser tratadas, pois trata-se de denominação crucial para compreendermos o real significado da Tutela de Evidência.

#### 5.4) TUTELAS DE URGÊNCIA E A FUNGIBILIDADE

Apesar das diferenças, que realmente existem<sup>39</sup>, algumas situações permanecem em uma zona intermediária, dificultando a aplicação prática e a atuação dos profissionais do Direito.

A insegurança na escolha entre as duas formas de tutelas, por parte dos operadores do direito, em razão das divergências na interpretação, pela doutrina e jurisprudência, fazia com que o próprio jurisdicionado ficasse sem uma explicação ou solução plausível. Diante de tanta insegurança, surgiu a necessidade da fungibilidade.

Visando solucionar as divergências da distinção entre as tutelas de urgência e, principalmente, a falta de segurança na aplicação prática dos dois institutos, o legislador alterou o art. 273, incluindo nele o parágrafo 7º, *in verbis*:

“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,

(...)

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).”<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Para alguns autores, as cautelares diferem, substancialmente, das antecipações de tutela, porque não satisfazem, de pronto, a pretensão do autor. As ações cautelares asseguram, apenas, a possibilidade de realização do direito no futuro. SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência), v.3 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.37. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – Processo Cautelar. 2 ed., v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil; v.3), p23 e TAVARES, Fernando Horta et al. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático=Urgency of guardioships: for a theory of the effectiveness of the process adequate to the democratic rule of law. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, BH, v.11, n 21, 1º sem. 2008, p.149.

<sup>40</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)

Assim, a adoção do princípio da fungibilidade decorre do fato de que o importante não é o nome do que foi postulado, mas a concreta necessidade da tutela jurisdicional pretendida.<sup>41</sup>

Como frisado linhas atrás, esta norma então positivada nasceu de uma pragmática construção pretoriana. Logo, nada mais coerente do que trazer à baila do presente estudo alguns recentes julgados sobre o princípio em comento.

**TJ-PA - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 201330136157 PA (TJ-PA)**

**Data de publicação: 11/07/2014**

**Ementa:** Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. DECISÃO QUE, PELO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, CONCEDEU TUTELA CAUTELAR A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA. PRESSUPOSTOS EXISTENTES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Insurge-se o agravante contra decisão que, adotando o princípio da fungibilidade, recebeu o pedido de antecipação de tutela como pedido de medida cautelar, por entender presentes os seus requisitos e para evitar prejuízo ao autor, determinou, além de inúmeras medidas de proteção ao seu patrimônio, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto do AINF nº 182010510001538-5. II - Alega o agravante que a decisão é nula, por não estar devidamente fundamentada, bem como porque o juízo a quo, muito embora alegue ter concedido tutela cautelar, concedeu, na verdade, tutela antecipatória, sem fundamentar sua decisão, demonstrando a observância dos requisitos por ela exigidos para a sua concessão. III - Quando ajuizou o autor ação anulatória de lançamento fiscal com pedido de tutela antecipada, pretendia que o objeto da referida ação, que é a declaração de nulidade do lançamento fiscal, com o fim da dívida, lhe fosse adiantado, ou seja, concedido no início da lide. Esse seria o teor da tutela antecipada no presente caso. IV - Os efeitos dela são inúmeros e diversos, mas não se pode confundir a medida antecipada com os efeitos dela decorrentes. A tutela antecipada é a declaração de nulidade e os efeitos dela decorrentes são, dentre outros, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a proteção ao patrimônio do contribuinte, por exemplo, e assim por diante. V - Tais medidas são, na verdade, medidas de natureza cautelar, já que, uma vez concedidas, preservam o direito ou interesse do autor, ou seja, o resultado útil do processo, que é vantagem que o autor obterá, caso alcance a procedência da ação. VI - Portanto, ao conceder à autora, ora agravada, a suspensão da exigibilidade do crédito, o juízo concedeu uma tutela de natureza cautelar, muito embora tenha aquela requerido uma tutela de natureza antecipada, o que não impede, já que o § 7º do art. 273 assim autoriza, ao estabelecer que se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. VII - Não há dúvida de que o juízo agiu dentro da estrita legalidade, não havendo razão para reformar sua decisão. Observada a existência dos pressupostos necessários à concessão da medida cautelar, fundamento relevante ou fumus boni iuris e periculum in mora ou risco de lesão grave e de difícil reparação, pode o juiz concedê-la, ainda que outra tenha requerido o autor. VIII Diante do exposto, conheço do agravo e nego-lhe provimento, para manter a decisão recorrida, nos termos da fundamentação exposta....

**TJ-DF - Agravo Regimental no(a) Agravo de Instrumento AGR1 20140020057368 DF 0005767-62.2014.8.07.0000 (TJ-DF)**

**Data de publicação: 09/05/2014**

---

<sup>41</sup> LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e genérica. Revista de Processo, São Paulo, v.35, n.182, abr.2010, p.325. AMARAL, Rafael Lopes do. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista Dialética de Direito Processual, n 46, jan. 2007, p.100/101.

**Ementa:** PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM ÁREA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE TERMO ADMINISTRATIVO (TERMOS DE CONCESSÃO DE USO). INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA DO PODER PÚBLICO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO À MORADIA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTERESSE E DIREITO COLETIVO A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E UM ADEQUADO ORDENAMENTO URBANO. **FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA DE TUTELA.** AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - as **tutelascautelar** e antecipatória possuem naturezas distintas, enquanto aquela objetiva garantir a eficácia e a exequibilidade de um eventual provimento favorável ao requerente em um processo de conhecimento, a antecipação de **tutela** visa ao deferimento liminar do pedido, ou de parte dele, articulado diretamente no processo de conhecimento. Logo, tendo a pretensão natureza eminentemente antecipatória de **tutela**, não há como cogitar o deferimento de medida **cautelar** na hipótese de ausência dos requisitos autorizadores da medida antecipatória. 2 - do direito constitucional à moradia não emerge o dever de o estado fornecer a toda e qualquer pessoa um imóvel, mas de implementar políticas públicas voltadas a atender a uma comunidade, por intermédio de planos habitacionais, competindo aos interessados sua inscrição e participação nos programas sociais em conformidade com o legalmente estabelecido. 3 - na ponderação de valores constitucionais, o direito à moradia não pode se sobrepor ao interesse e direito da coletividade em possuir um meio ambiente equilibrado (art. 225 , caput, da constituição federal ) e um adequado ordenamento urbano (art. 182 , caput, da constituição federal ), sob pena de grave desequilíbrio do sistema normativo de regulação social. 4 - a ausência ou insuficiência de políticas públicas voltadas à outorga do direito social de moradia não autoriza a ocupação terreno público, nem a edificação, sem autorização administrativa ou planejamento do desenvolvimento urbano da cidade. 5 - conforme artigos 17 e 178 da lei distrital nº 2.105/1998, o responsável pela fiscalização tem, no exercício da vigilância do território de sua circunscrição administrativa, poder de polícia para demolir obras ou construções em desacordo com a legislação. 6 - matéria impescinde de dilação probatória. inobservância dos artigos 333 , inciso i , e 525 , ambos do código de processo civil . 7. agravo regimental conhecido e improvido....

**TJ-PE - Agravo de Instrumento AG 178816 PE 001200800443355 (TJ-PE)**

**Data de publicação: 22/04/2010**

**Ementa:** DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL - PLANO DE SAÚDE - CIRURGIA DE VESÍCULA - NEGATIVA - **FUNGIBILIDADE DAS TUTELASCAUTELAR E ANTECIPADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME.** - Doutrina e jurisprudência, acertadamente, ao reconhecerem a **fungibilidade** entre as **tutelas cautelar** e antecipada, prevista no § 7º , do art. 273 do Código de Processo Civil - CPC , autorizam o magistrado, desde que preenchidos os requisitos legais, a conceder a **tutela** antecipada quando equivocadamente o autor a tiver requerido sob o rótulo de "**cautelar**", intimando o autor, em seguida, para que promova as adaptações necessárias a sua petição inicial. - Diante da explícita previsão contratual firmada entre os litigantes de que "Nenhuma cobertura poderá ser negada ao consumidor para doenças ou lesões pré-existentes não declaradas até que a operadora apresente as provas concretas junto à ANS de que o consumidor omitiu a doença ou lesão no preenchimento desta declaração" (cláusula 4), aliada ao fato concreto de haver uma inequívoca solicitação médica sobre a necessidade de internação do Agravante para fins cirúrgicos (cirurgia de vesícula), tais circunstâncias fazem emergir a plausibilidade jurídica necessária para o provimento da **tutela** de urgência perseguida. - Por outro lado, também se verifica objetivamente, no caso "sub examine", o perigo de lesão grave e de difícil reparação capaz de justificar o receio de ineficácia do provimento final, tanto que a negativa do plano de saúde em efetivar o procedimento cirúrgico requisitado pelo médico

conveniada ao plano de saúde, tem imprimido ao ora Agravante uma reiterada e corriqueira estadia no setor de emergência da Policlínica Santa Clara, consoante evidencia a declaração e os boletins médicos colacionados aos autos. - Recurso de agravo parcialmente provido.

E, por fim, salientamos que é importante lembrar que, apesar de a previsão do parágrafo 7º ser no sentido de que, se for postulada a tutela antecipada, o juiz pode conceder a medida acautelatória, em realidade, a doutrina entende que o inverso também é possível.<sup>42</sup>

### 5.5) PRESSUPOSTOS GERAIS DA TUTELA ANTECIPADA

Segundo Fredie Didier Jr., são pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações. Ainda segundo o mesmo autor:

“Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real \_ ideal inatingível tal como já visto no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova \_, tampouco a que conduz à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) \_ o que só é viável após uma cognição exauriente. <sup>43</sup>Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária.” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.492)

E conclui:

“Prova inequívoca não é prova irrefutável, senão conduziria a uma tutela satisfativa definitiva (fundada em cognição exauriente) e, não, provisória. A exigência não pode ser tomada no sentido de ‘prova segura’, ‘inarredável’, capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo das tutelas antecipadas, que só poderiam ser deferidas, desse modo, após toda a instrução do processual, após cognição profunda.” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.492)

Por sua vez, quanto ao pressuposto da verossimilhança, assim o conceitua Didier: “O juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um ‘elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor.’” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.494)

---

<sup>42</sup> Marinoni e Mitidiero ensinam que: “Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto afirmar a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar, desde que devidamente preenchidos os pressupostos inerentes à concessão da tutela antecipatória. “. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado art. por art.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.276.

<sup>43</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar

Assim, nós temos como pressupostos gerais para a concessão da tutela antecipada: prova inequívoca e verossimilhança das alegações, previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “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, (...)”<sup>44</sup>(grifo nosso).

## 5.6) REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO

Ressaltamos para a imprescindibilidade de nos atermos ao disposto no art. 273, §2º, do Código de Processo Civil, que assim preceitua: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

Desta feita, segundo Didier, cumulativamente com o preenchimento do pressuposto visto no item anterior, exige-se, pois, que os efeitos da tutela antecipada sejam reversíveis,<sup>45</sup> que seja possível retomar-se ao status quo ante acaso se constate, no curso do processo, que deve ser alterada ou revogada.

Teori Albino Zavascki leciona sobre o supracitado dispositivo nestas palavras:

“No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.” (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela, 2 ed., 1999, p. 97.)

Entretanto, Didier assevera que essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas consequências, pode conduzir à inutilização da antecipação de tutela. Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o insituto.<sup>46</sup>

Todavia, faz-se mister ressaltar a seguinte ressalva acentuada por José Roberto dos Santos Bedaque:

<sup>44</sup> BRASIL, LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em 12 de junho de 2015.

<sup>45</sup> Seria, segundo Athos Gusmão Carneiro, um pressuposto negativo, visto que “a norma proíbe a antecipação de tutela quando sua efetivação deva acarretar consequências irreversíveis” (Da antecipação de tutela. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.19). Também assim, BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004, p.56.

<sup>46</sup> DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.497

“Ressalve-se, porém, que a mitigação desse requisito só é adequada para a antecipação assecuratória. No caso de antecipação punitiva (baseada em abuso de direito de defesa ou intuito protelatório do réu), não parece legítimo antecipar efeitos irreversíveis, pois, de um lado, não há risco de dano irreparável para o autor, e, de outro, existe esse risco para o réu, que poderá ter sua esfera de direitos atingida perniciosamente, em caráter definitivo, sem cognição adequada.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência, 3 ed., 2003, p. 351)

Portanto, observa-se que somente é legítima a aplicação da respectiva hipótese em caso de tutela antecipatória assecuratória, em que presente o critério da urgência do perecimento do objeto da lide, devendo ser descartada, segundo o autor, para a hipótese da espécie antecipatória punitiva.

Tal ressalva legal é absolutamente pertinente, pois que, concedida os efeitos da tutela almejada já no início do processo, por óbvio que deve ser observada a situação jurídica daquele que sofrerá as consequências desta antecipação, sob pena de, concedendo a antecipação ao demandante, fazer perecer de modo irreversível o objeto da lide que está sob o poder do demandado.

Entretanto, quanto a este ponto, é preciso que tecemos as precisas colocações do mestre Marinoni no tocante ao perigo de, sob o argumento de proteger a esfera jurídica do demandado, sacrificar o provável direito do demandante. Senão, vejamos:

“Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito provável (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito provável), não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável.  
(...)

Como está claro, nos casos em que o direito do autor (que deve ser mostrado como provável, uma vez que a probabilidade do direito é requisito para a própria concessão da tutela antecipatória), está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação, é ilógico não se conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que pode trazer um dano ao direito que é improvável.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 226)

Por oportuno, colacionamos ao presente estudo construção jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que preza pelo uso do bom senso quanto ao dispositivo normativo aqui discutido. Vejam:

**STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 144656 ES 1997/0052333-0****Processo:** REsp 144656 ES 1997/0052333-0**Relator(a):** Ministro ADHEMAR MACIEL**Julgamento:** 06/10/1997**Órgão Julgador:** T2 - SEGUNDA TURMA**Publicação:** DJ 27.10.1997 p. 54778  
REVJMG vol. 142 p. 464

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPATORIA. DIREITOS PATRIMONIAIS. CONCESSÃO: POSSIBILIDADE. INTELIGENCIA DO ART. 273 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - a tutela antecipatória prevista no art. 273 do cpc pode ser concedida em causas envolvendo direitos patrimoniais ou não-patrimoniais, pois o aludido dispositivo não restringiu o alcance do novel instituto, pelo que e vedado ao interprete faze-lo. nada obsta, por outro lado, que a tutela antecipatória seja concedida nas ações movidas contra as pessoas jurídicas de direito público interno. ii - a **exigência da irreversibilidade inserta no par.2. do art. 273 do cpc não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina.** iii - recurso especial não conhecido. (grifo nosso)

Assim, concluímos e reiteramos para o uso do bom senso de nossos magistrados quanto ao dispositivo em comento.

## 5.7) DAS ESPÉCIES DE TUTELA ANTECIPADA

O art. 273, CPC, prevê duas hipóteses em que se admite a antecipação de tutela: i) no inciso I, a antecipação de tutela assecuratória, cabível quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ii) no inciso II, a antecipação de tutela punitiva, cabível quando “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Segundo Fredie Didier,

“Na antecipação de tutela assecuratória, antecipa-se por segurança, para impedir que, durante o processo, o bem da vida vindicado sofra um dano irreversível ou dificilmente reversível.

Na antecipação de tutela punitiva, antecipa-se por sanção, para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e a lealdade que lhe devem ser inerentes. É, segundo CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, a ‘tutela da seriedade da função jurisdicional.<sup>127</sup> A conduta <sup>47</sup>temerária é, aqui, comportamento ilícito que autoriza a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela parte adversária.” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p.491)

<sup>47</sup> ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação da tutela, 2001, p.176

Deste modo, faz-se mister que os operadores do direito se atenham a tal distinção para que se possa compreender efetivamente o alcance de cada uma das ditas modalidades de antecipação de tutela, aplicando-se a técnica pertinente, e, deste modo, evitando-se o desperdício de tempo do já moroso judiciário brasileiro.

## 5.8) PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

A primeira e mais importante observação a ser imediatamente explanada sobre o disposto no § 6º do art. 273 é, nas palavras de Didier, esta:

“A mais importante observação que se deve fazer sobre o § 6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, mas, sim, de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada.” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p. 526)

Prossigue o ilustre processualista:

“Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarrar-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado.” (DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9º ed., Editora JusPodvim, v.2, p. 526)

Desta feita, observa-se que, como não se trata de tutela antecipada, a ele não se aplicam os pressupostos da tutela antecipada: prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano, abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório e, principalmente, o perigo da irreversibilidade. Não se trata de tutela de urgência, muito menos provisória. Os únicos requisitos para a sua aplicação são: a) a incontrovérsia de um pedido formulado, ou de parcela dele; b) a desnecessidade de realização de prova em audiência para determinado pedido, ou de parcela dele. Isto é importantíssimo.

Entretanto, não obstante as lições do professor DIDIER, faz-se mister destacarmos esta observação de Teori Albino ZAVASCKY acerca de pedido incontroverso, *in verbis*:

“Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, ‘incontroverso’ é adjetivo que designa o que ‘não é controverso, que não admite controvérsia. Incontrovertido, indiscutível, indubitável.’ Numa primeira acepção puramente literal poder-se-ia afirmar, assim, que pedido introverso seria aquele cujo respeito não se estabeleceu controvérsia entre as partes. Em outras palavras, para configurar ‘incontrovérsia’, bastaria que o demandado não se opusesse ao pedido do demandante. Pergunta-se, contudo: a mera ausência de oposição significará, por si

só, que o pedido é incontroverso para os fins do § 6º? A resposta, certamente, deve ser negativa. Pode ocorrer, por exemplo, que o demandado não conteste determinado pedido, o qual, contudo, na avaliação do juiz, é manifestamente descabido. Em caso tal, considerando que a sentença final será de improcedência, é lógico concluir que, embora se trate de pedido a cujo respeito não há controvérsia entre as partes, a sua antecipação será inadmissível.” (ZAVASCKY, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 4 ed. rev. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2005. p, 108)

Todavia, como esta monografia tende a ressaltar as inúmeras tentativas do legislador em fazer cumprir o direito fundamental à razoável duração do processo, destacamos as precisas palavras de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio ARENHART a respeito desta temática:

“Após a emenda constitucional nº45 de 2004, que instituiu o direito fundamental à duração razoável do processo, uma melhor análise impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa adquire estabilidade. O postulado constitucional autônomo que dá fundamento ao direito fundamental à duração razoável (art. 5º, LXXVIII), vinculando a interpretação judicial e, desta forma, a compreensão da regra do § 6º do art. 273, faz obrigatoriamente surgir a interpretação de que a tutela da parte incontroversa da demanda, apesar de ser instrumentalizada através da técnica antecipatória, não pode ser modificada ou revogada no final do processo.”(MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 235)

Portanto, ante o exposto, resta evidente a importância do referido dispositivo no tocante ao respeito aos princípios processuais da economia e celeridade.

## 6.) DA TUTELA DE EVIDÊNCIA:

### 6.1.) BREVE SÍNTESE DA NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUALÍSTICA CIVIL BRASILEIRA

#### 6.1.1) VISÃO GERAL E SUPERFICIAL DO NOVO CPC & LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA DO INSTITUTO EM COMENTO

Inicialmente, aduzimos que nosso legislador foi tecnicamente certo ao efetuar a divisão da atual codificação processual civil em duas partes: uma dedicada aos institutos peculiares à ciência processualística, ao qual denominou de Parte Geral, e uma dedicada à instrumentalização do processo em si, com todos os seus procedimentos próprios, ao qual denominou de Parte Especial.

Assim, a PARTE GERAL é composta dos seguintes Livros:

Livro I – Das normas processuais civis;

Livro II – Da função jurisdicional;

Livro III – Dos sujeitos do processo;

Livro IV – Dos atos processuais;

**Livro V – Da tutela provisória** (o qual se desdobra nos seguintes títulos)

**Título I – Das disposições**

**Título II – Da Tutela de Urgência**

**Capítulo I - do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente**

**Capítulo II - do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente**

**Título III – Da Tutela de Evidência**

Livro VI – Formação, suspensão e extinção do processo

E a PARTE ESPECIAL assim está distribuída:

Livro I – Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença;

Livro II – Do processo de execução;

Livro III – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais;

Livro Complementar – Das disposições finais e transitórias.<sup>48</sup>

Portanto, da leitura pontual do índice sistemático do novo Código de Processo Civil brasileiro, percebemos que a parte geral, já frisado acima, contará com os institutos pertinentes à ciência processual civil, os quais na antiga codificação eram localizados no livro reservado ao Processo de Conhecimento, repercutindo conseqüentemente numa equivocada distribuição topográfica dos institutos afetos a esta ciência, confundindo-se tutela do direito com as técnicas processuais pertinentes.

Assim, v.g., a tutela antecipada, cabível em qualquer espécie processual, estava localizada no livro do Processo de Conhecimento, mais precisamente no art. 273 do atual Código de Processo Civil. Nesta esteira, podemos citar também a errônea alocação sistêmica dos recursos e dos meios de impugnação às decisões judiciais existentes, também encontradas no já mencionado livro, sendo que se recorre contra qualquer decisão judicial denegatória da tutela de direito almejada pela parte.

Ademais, percebemos então que todos os Títulos anteriores ao Título VIII, reservado ao procedimento comum, que hoje pode ser ordinário ou sumário, foram deslocados para a Parte Geral do novo Código de Processo Civil.

Assim, os institutos da ação, jurisdição, competência, atos processuais, bem como a questão afeta a formação, extinção e suspensão do processo ganharam relevo na Parte Geral.

Nesta, podemos destacar ainda para a uniformização dos “sujeitos do processo”, distribuindo de maneira igualitária todos os operadores envolvidos diretamente no litígio, ou seja, magistrados, advogados, promotores de justiça, defensores públicos, advogados públicos; bem como destacando o papel dos serventuários e oficiais de justiça.

E, sem sombra de dúvidas o livro de maior envergadura, o livro I da Parte Geral, teve o condão de dar uma roupagem constitucional a princípios de teor processual tão em voga atualmente, tal como o princípio alvo deste trabalho: o princípio da efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Mais a frente teceremos os comentários devidos que esta exige.

No tocante à sistematização da Parte Especial, destaca Humberto Theodoro que, houve importantes supressões simplificadoras, assim:

---

<sup>48</sup> Índice sistemático do novo Código de Processo civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.imdp.com.br/admin/uploads/GA/Arquivos/Indice%20Novo%20CPC.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

“(…) Desapareceram os livros dedicados ao Processo Cautelar e aos Procedimentos Especiais. A tutela de urgência passa a ser abordada na Parte Geral como simples incidente processual, dispensando para sua administração o exercício de uma ação distinta e a formação de um processo separado do principal. Deu-se às medidas cautelares o mesmo tratamento incidental que hoje se dispensa à tutela antecipada pelo art. 273 do Código em vigor, tendo sido, assim, unificado o regime procedimental dessas duas modalidades de tutela de urgência. Ao lado das medidas de urgência propriamente ditas, disciplinou-se o regime particular da ‘tutela da evidência’, prestável independentemente dos requisitos gerais das providências cautelares e antecipatórias, e em prestígio da presteza da resposta jurisdicional pronta e imediata.

Para ambas as tutelas de urgência somente se haverá de recorrer a uma ação, quando o provimento emergencial for postulado anteriormente à propositura da demanda principal. Não haverá, entretanto, dois processos. A petição inicial, quando posteriormente vier a ser formulada, será apresentada dentro dos próprios autos em que se deu trâmite à medida de urgência. Um único processo, portanto, será utilizado, quando necessário, para a apreciação dos pleitos de urgência e de mérito. (Projeto, art. 282 e 286) (...)

Os procedimentos especiais, como variações da atividade cognitiva, deixarão de constituir objeto de livro próprio, passando a figurar em título do Livro da Parte Especial dedicado ao Processo de Conhecimento (Título III do Livro I). (...)

Por sua vez, os recursos e a ação rescisória formarão o livro especial destinado à disciplina dos processos nos tribunais (Livro III da Parte Especial), ao qual se integram procedimentos importantes, como o da ‘Resolução de Demandas Repetitivas’ e o da ‘Reclamação’.” (THEODORO JR, Humberto. Curso de Processo Civil, 55ª ed. Editora Forense, v.1, Apresentação)

Como visto, foram pontuais as ditas supressões, contribuindo com um processo mais célere em virtude de sua sistematização mais enxuta e técnica.

Além do mais, houve, além das supressões mencionadas, as simplificações do procedimento comum e da intervenção de terceiros. Assim, não haverá mais dois ritos para o procedimento comum. Aboliu-se o procedimento sumário e o procedimento unificado foi simplificado e compatibilizado com as metas da eficiência e economia processual.

Não haverá mais reconvenção em peça separada. Em qualquer ação será lícito ao réu, se for o caso, formular pedido reconvenicional na própria contestação.

Desaparecerá a figura autônoma da nomeação à autoria, passando o seu objeto a ser tratado em preliminar de contestação, como possibilidade de emenda da inicial para correção do defeito da propositura da ação.

E, por fim, concluímos com estas palavras do mestre processualista Humberto Theodoro Junior acerca das inovações acobertadas pelo novo diploma processual brasileiro:

“Não é pela teoria científica que complica e tumultua o procedimento judicial, mas sim pelo espírito objetivo capaz de hierarquizar os valores constitucionais e processuais segunda escala de priorização dos resultados práticos delineados pela lei e, acima de tudo, pelos direitos e garantias fundamentais, que se pode imaginar a implantação bem-sucedida do processo justo. O teorismo obstaculiza ou dificulta o acesso à justiça, enquanto o procedimentalismo desprezioso, prático e objetivo o facilita e viabiliza.

O excesso de técnicas, na verdade, favorece muito mais a uma concepção pragmática do processo (isto é, aquela que não dispensa grande relevância ao resultado prático). No entanto, o enfoque objetivo centrado, sobretudo, nos efeitos concretos da tutela propiciada pelo processo aos direitos materiais ameaçados ou lesados é o que, de forma pragmática, realmente se empenha, longe do teorismo estéril, na persecução dos fins sociais do processo justo.” (THEODORO JR, Humberto. Curso de Processo Civil, 55ªed. Editora Forense, v.1, Apresentação)

## 6.1.2) DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Recentemente, vem ocorrendo no mundo jurídico o fenômeno da constitucionalização do direito. Dentre nós, há um jurista de renome internacional que melhor se debruçou sobre o tema. Trata-se de Luís Roberto Barroso, prestigioso ministro de nossa Suprema Corte. E é através dele que inicio o presente tópico, com um breve resumo sobre toda matéria.

“A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando<sup>30</sup>.

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico<sup>31</sup>. Os valores, os fins – públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de

contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.”<sup>49</sup>

E concluímos com suas concisas palavras em seu trabalho que merece estudo detido e aprofundado, algo que escapa ao escopo do presente propósito monográfico:

“Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.”<sup>50</sup>

Agora, trazendo a presente construção teórica para a ciência processual civil, trazemos à baila alguns preciosos estudos, senão vejamos:

Moacyr Amaral Santos explica a estreita relação existente entre o direito processual civil e a Constituição Federal:

“No direito constitucional, cujo primado sobre os demais ramos do direito se tem por indiscutível, vai o direito processual encontrar as diretrizes jurídico-políticas da sua estrutura e da sua função. Na Constituição se esboçam os princípios fundamentais do processo”. (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, p. 19.)

Reiteramos as palavras iniciais desta monografia para reafirmarmos que mesmo antes da inclusão do dispositivo acima mencionado já era possível extrair-se o *princípio constitucional da efetividade* do inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

“Assim, a sentença e a execução adequadas são óbvios corolários do direito de ação, impondo a conclusão de que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito à efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva proteção ao direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e o meio executivo adequados”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 220.)

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art04102005.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm). Acesso em 10 de agosto de 2015.

<sup>50</sup> IBIDEM

Desta feita, a extensão do direito de ação é muito mais ampla que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que o simples direito ao julgamento do mérito, mas é um complexo que objetiva a tutela jurisdicional efetiva. Aliás, o mesmo inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal também abarca a garantia de tempestividade da tutela jurisdicional. Pelo brilhantismo da explicação invocam-se uma vez mais as lições de Luiz Guilherme Marinoni:

“O direito à duração razoável do processo exige um esforço dogmático capaz de atribuir significado ao tempo processual. A demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja. A efetividade da ação não depende apenas de técnicas processuais capazes de impedir que o dano interino ao processo possa causar prejuízo ao direito material. O direito de ação exige que o tempo para a concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano.”(MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 227.)

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco assim explicam a efetividade:

“Para a *efetividade do processo*, ou seja, para a plena consecução de sua missão oficial de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos) e, de outro lado, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo, p. 36.)

Restou bem nítida a tendência de “constitucionalização” do processo civil moderno para a salvaguarda da efetividade processual. A corroborar a tese invoca-se o pensamento de Luís Roberto Barroso:

“Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, *processual civil* e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além.”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador: Instituto brasileiro de Direito Público. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 20/07/2009. Acesso em 12 de julho de 2015.

Assim, em consonância com o apregoado por Humberto Theodoro Junior, foi intuito do legislador criar uma codificação coerentemente sistematizada, dedicando à parte geral uma visão constitucionalizada. Assim se expressa o nobre e culto processualista mineiro acerca do Projeto que deu origem ao novo CPC:

“Sendo certo que o processo civil contemporâneo se acha constitucionalizado, uma vez que seus princípios básicos correspondem a direitos fundamentais assegurados pelo Estado Democrático de Direito, o Projeto reserva um título do Livro I da Parte Geral para enumerar ‘Normas Fundamentais’ que regerão a aplicação das normas processuais, todas diretamente inspiradas na Constituição, e de modo particular, nos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, tudo com o propósito de ressaltar os vínculos obrigatórios entre a ordem processual e a ordem constitucional.” (THEODORO JR, Humberto. Curso de Processo Civil, 55ªed. Editora Forense, v.1, Apresentação)

E ainda destaca o professor supracitado:

“Duas inovações podem ser, de início, apontadas como consequências da visão constitucionalizada do processo civil: a) a regulamentação do incidente da descon sideração da personalidade jurídica, que, atualmente, à falta de sistematização legal, nem sempre tem se processado com a necessária submissão aos ditames do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV); b) a instituição de um incidente para superar a dificuldade e inconveniências das causas repetitivas, que não só atravancam o serviço forense, inviabilizando o ideal de celeridade da prestação jurisdicional, por seu elevado e incontrolável volume assumido na atual sociedade caracterizada pela massificação geral das relações de consumo e da interferência do poder público no domínio econômico, como acarretam, com inevitável frequência, quebra da garantia constitucional de tratamento igual para todos perante a lei.” (THEODORO JR, Humberto. Curso de Processo Civil, 55ªed. Editora Forense, v.1, Apresentação)

Portanto, é neste prisma que devemos vislumbrar o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor: uma legislação adjetiva em perfeita sintonia com os comandos normativos constitucionais, obrigando a todos aqueles que operam esta pesada engrenagem estatal a darem efetividade ao emanado pela Carta Magna de 1988.

A máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais, o direito á razoável duração do processo, deverá irradiar de modo harmonioso sobre todo o Poder Judiciário, fazendo valer a força normativa de nossa Constituição Federal, assegurando a todo o cidadão o seu direito fundamental de ser tutelado tempestivamente pelo Estado Jurisdição.

Concluimos assim que a moderna dogmática tende à “constitucionalização” dos princípios e garantias do direito processual civil, tendo como corolário a incessante busca pela efetividade processual, que deve ser sim almejada, mas jamais ser obtida com o sacrifício

dos princípios informadores e fundamentais da ciência processual, bem como do processo de elevação e reconhecimento da força normativa da Constituição Federal, ocorrido com o advento da Constituição Federal de 1988.

### 6.1.3) DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS ALCANÇADAS PELO NOVO CPC

Dentre nossos estudiosos processualistas, nenhum abordou de maneira tão precisa o tema afeto à instrumentalidade processual quanto o ilustre Cândido Rangel Dinamarco. Assim, em suas palavras, podemos ter uma noção do que este instituto representa para esta ciência jurídica, a começar pela indicação do processo como um meio instrumental acompanhado de objetivos claros, a serem definidos pelo legislador:

“É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9ªed. 2001. Editora Malheiros. Pg.149)

Nesse sentido, o autor supracitado define ainda quais são os ditos escopos da instrumentalidade do processo:

“Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição. A tomada de consciência teleológica, incluindo a especificação de todos os objetivos visados e do modo como se interagem, constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo: sem compreender a sua instrumentalidade assim integrada e apoiada nessas colunas, não se estaria dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica, nem seria possível extrair dela quaisquer consequências cientificamente úteis ou aptas a propiciar a melhoria do serviço jurisdicional. Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9ªed. 2001. Editora Malheiros. Pg.149)

Assim é de suma importância que o Estado defina bem quais são os escopos, ou seja, a finalidade perquerida pelo processo, para adequar de modo eficiente os seus objetivos ao seu caráter instrumental, e, portanto, de meio para obter a finalidade então almejada.

Ademais, o nobre processualista faz uma brilhante correlação entre instrumentalidade do processo e o tão debatido tema do acesso à Justiça. Senão, vejamos:

“(…) Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à Justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à Justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual da atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios. “(DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9ªed. 2001. Editora Malheiros. Pg.303)

(…)

“ Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar da efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça. Em diversos itens acima examinaram-se os reflexos que essas posturas ideológicas projetam sobre a técnica processual, ou seja, sobre os seus instintos e a disciplina que recebem, segundo as disposições da lei e a interpretação inteligente do estudioso atualizado.

O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas. **A Reforma do Código de Processo Civil, ainda em curso, é uma boa resposta a esses clamores.**” (grifo nosso) (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9ªed. 2001. Editora Malheiros. Pg.306)

Portanto, trazendo os estudos do mestre ao novo Código de Processo civil brasileiro, a entrar em vigor no ano que vem, concluímos, pela sua leitura sistemática, que o legislador buscou alcançar todos os escopos determinantes a dar guarida a um processo instrumental, que viabilize o acesso de todo cidadão ao Judiciário; que oportunize a este ter a sua questão litigiosa resolvida tempestivamente, e, portanto, de efetivamente satisfatória.

Desta feita, concluímos também que o novo Código de Processo Civil teve como um de seus escopos criar uma codificação voltada para a instrumentalidade das formas, buscando tornar o processo mais célere, evitando atrasos indevidos em razão de entraves burocráticos na atividade-fim do Poder Judiciário.

## 6.2) A PREVISÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL VIGENTE

A tutela antecipada é uma técnica processual que visa, primordialmente, evitar que em razão do decurso do tempo de tramitação processual ocorra dano irreparável ou de difícil reparação ao titular do direito material que apresente alegação verossímil e prova inequívoca do direito alegado. Caracteriza-se, portanto, como uma espécie de tutela de urgência de natureza satisfativa.

Mas a urgência não é a única modalidade de antecipação de tutela que autoriza a produção de efeitos da decisão final de mérito. O art. 273 do CPC estabelece que também será concedida tutela antecipada quando i) houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II) e ii) o pedido, ou parte do pedido, mostrar-se incontroverso (§ 5º). Para essas hipóteses, não se exige urgência para a concessão da tutela, pois o abuso do processo ou a incontrovérsia do pedido tornam evidente a necessidade de concessão de tutela antecipada. Eis a tutela antecipada de evidência.

Portanto, embora não expressamente prevista na legislação processual civil vigente, nós temos que pela leitura de seus preceitos, estamos inegavelmente defrontes a esta modalidade de técnica antecipatória revolucionária.

Além das hipóteses mencionadas acima, podemos apontar também para os artigos 333, que se refere ao ônus da prova e o 334, que se refere aos fatos que não dependem de prova, ambos do Código de Processo Civil vigente, portanto.

Em síntese, a tutela de urgência é gênero que abarca medidas satisfativas de antecipação de tutela e também medidas cautelares, cuja concessão está sujeita à existência de fundado receio de lesão grave e de difícil reparação e plausibilidade do direito alegado.

É justamente nesse ponto a diferença crucial entre as tutelas de urgência e as de evidência: desnecessidade para esta do pressuposto do *periculum in mora*. Mas o que de fato nos interessa saber nesta abordagem é que sua previsão já se fazia presente antes mesmo da reforma processual que deu origem ao novo CPC brasileiro.

## 6.3) O QUE O PROJETO DE LEI ACRESCENTOU À CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL VIGENTE NO QUE SE REFERE À TUTELA DE EVIDÊNCIA?

Pois bem, a tutela da evidência é tratada no art. 278 do PL, em quatro hipóteses previstas de concessão: as duas já existentes no atual art. 273 do CPC, e as outras duas,

inovadoras. Prevê o caput do referido artigo que “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”. E aqui um primeiro aspecto a salientar: o texto deixa claro que a urgência não é um pressuposto para a obtenção de tutela quando baseada na evidência, eliminando assim uma possível interpretação equivocada na combinação do caput do atual art. 273 com seu inciso II e § 5º<sup>52</sup>.

As hipóteses de tutela da evidência no PL são:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido. Neste caso, que exige a prévia atuação do demandado – portanto exclui-se a possibilidade de liminar inaudita altera parte – que age com improbidade processual, inclusive com possibilidade de condenação em litigância de má-fé, a concessão da tutela se dá como forma de evitar que o comportamento abusivo do réu possa gerar o perecimento do direito do autor.

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva. A controversa é condição indispensável para que haja continuidade processual, visando exatamente ao pronunciamento judicial que a aprecie. Se parcela do litígio for incontroversa, significa que essa deverá ser imediatamente julgada, pois há pedido ou parcela de pedido precedente. A concessão de tutela jurisdicional imediata é imperiosa.

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

A novidade trazida pela nova redação do dispositivo no PL é a atribuição de definitividade à decisão de tutela da evidência. De fato, trata-se de sentença (ainda que parcial) de mérito decorrente de cognição exauriente, portanto apta a se estabilizar e propiciar atividades executivas.

A terceira hipótese de tutela da evidência configura novidade em relação ao direito posto, e se refere à existência de uma espécie de prova documental suficientemente robusta (“irrefutável” segundo o PL), cuja eficácia não foi suficientemente afastada pelas provas produzidas pelo demandado. Em outras palavras, a evidência é oportunizada pela força probatória do documento que instrui a demanda do autor.

Esta inovação assemelha-se a situações já existentes no ordenamento processual, como a exigência de direito líquido e certo no mandado de segurança, mas certamente gerará inúmeras dúvidas interpretativas acerca das expressões prova documental irrefutável e prova inequívoca.

---

<sup>52</sup> BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

O dispositivo também requer a prévia participação do réu no processo, o que impede a concessão de liminar inaudita altera parte. Se, contudo, na situação concreta houver configuração de risco de lesão grave ou de difícil reparação ao direito do autor, é evidente que esse, em posse de prova documental “irrefutável”, poderá obter tutela de urgência sem a prévia oitiva do demandado. Em suma, é dispositivo limítrofe entre a tutela de urgência e a tutela da evidência, a depender da existência ou não de risco de dano pela demora.

Por fim, a última situação autorizadora da tutela da evidência é manifestação de uma característica fundamental do Projeto, qual seja, a valorização dos precedentes judiciais formados nos Tribunais pátrios (vide arts. 882 e ss do PL), ou seja, quando houver tese firmada com julgamentos de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Não obstante às inovações trazidos pelo Projeto de Lei, segue as hipóteses de cabimento previstas de acordo com o texto original aprovado pelo Congresso, *in verbis*:

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:  
 I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;  
 II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;  
 III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;  
 IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.  
 Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”<sup>53</sup>

#### 6.4) MAS AFINAL, O QUE É TUTELA DE EVIDÊNCIA?

Para o jurista Luiz FUX, a expressão “direito evidente”, “vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.”<sup>54</sup>

Portanto, ainda segundo o autor, o direito evidente “é aquele que se sustenta por si só dispensando a dilação probatória ou através de prova documental irrefutável do

<sup>53</sup> BRASIL, Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em 25 de outubro de 2015.

<sup>54</sup> FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência – São Paulo: Saraiva, 1996. p, 305.

direito alegado pela parte, independente da necessidade de tempo para se produzir a prova ou constituí-la.”<sup>55</sup>

Ainda segundo o culto ministro da Suprema Corte:

“(…) demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontrovertidos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em ‘manifesta ilegalidade’, o direito calcado em questões estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutra processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob o contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direitos calcados em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição.”<sup>56</sup>

Luz FUX, ainda discorrendo sobre o tema, acentua que: “evidência é um critério frente à probabilidade”, nesse sentido as hipóteses descritas pelo autor permitem o deferimento de uma tutela com um grau de probabilidade tão elevado que beira à “certeza.”<sup>57</sup>

Deste modo, nós temos que a tutela de evidência é uma técnica processual que visa dar guarida a quem demonstrar cabalmente a prova de seu direito, antecipando desde logo os efeitos da tutela jurisdicional almejada pelo litigante que evidenciar de pronto a prova de seu direito, evitando assim, o caráter às vezes assumidamente protelatório revelado pela parte a quem o direito não socorre, pela parte que não assiste razão. Portanto, quando o direito da parte for evidente, o juiz pode conceder a tutela liminarmente, o que, ademais, resta expresso em alguns casos em que o legislador fixou presunção legal de evidência do direito, como adverte Luiz FUX neste exemplo: “(…) quando a lesão à posse data de menos de ano e dia, e o direito à posse, assim evidenciado é lesado, merece proteção imediata.”<sup>58</sup>

Havendo a lesão nesse prazo, não se deve aguardar as delongas do procedimento ordinário, devendo a tutela ser satisfeita de plano. Essa é a moderna visão de acesso à Justiça em sintonia com o princípio da efetividade, sem ofender o direito de defesa, com o objetivo de que a justiça possa desempenhar-se com exatidão de dar razão a quem tem em prazo razoável.<sup>59</sup>

Para o jurista a evidência sugere “sumariedade ‘formal’, como pretendem alguns vale dizer: procedimento comprimido que pode ordinarizar-se conforme considere ou

<sup>55</sup> Revista de Direito do Trabalho. Ano 36. N° 140. Out- dez/2010. p, 16.

<sup>56</sup> FUX, Luiz. A tutela dos direitos Evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 15 de mai 2013, p, 8.

<sup>57</sup> Ibidem., p, 5.

<sup>58</sup> Ibidem., p, 18.

<sup>59</sup> bidem., p, 18.

não evidente o direito alegado”<sup>60</sup>. Mais adiante o referido autor completa: “Repita-se: a liminar, in casu, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (fumus boni iuris).”<sup>61</sup>

Luiz FUX exemplifica da seguinte forma:

“Imaginemos, por exemplo, um caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel, ingressou em juízo alegando que, por força do negócio pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa, determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias. Impõe-se a esclarecer que o comando restou cumprido.”<sup>62</sup>

No exemplo citado pelo jurista, o deferimento liminar da antecipação dos efeitos da sentença, ocorreu com base em evidência do direito do autor. Essa evidência foi demonstrada através da prova documental. O ministro Luiz FUX, entende no exemplo supracitado que a liminar foi deferível mediante cognição exauriente.

Há na doutrina divergência com relação ao deferimento de liminar com cognição exauriente. Em posicionamento contrário ao de Luiz FUX, Teori Albino ZAVASCKI, entende que a situações que diferem desta regra, que são deferidas com base em cognição não exauriente, ou seja, cognição sumária.

Nesse sentido Teori Albino ZAVASCKI assinala:

Imagina-se a hipótese em que a autoridade alfandegária se nega a liberar a entrada no país de determinado cavalo de raça, destinado a uma exposição de animais a ocorrer nos dias imediatos, sob alegação de que o animal deve ser previamente submetido a exames pelos técnicos sanitários que, entretanto, se acham em greve por prazo determinado. Provocado por mandado de segurança, estará o juiz diante de situação em que, qualquer que seja sua decisão liminar terá, do ponto de vista da satisfação do direito, caráter definitivo: negada a tutela ‘provisória’, o animal não poderá participar da exposição, sendo absolutamente inútil a tutela definitiva; se ocorrer o contrário, ou seja, deferida a liminar, liberado o ingresso do animal no País, onde participou do evento e, quem sabe, até já retornou ao País de origem, a sentença definitiva já não terá qualquer razão de ser.<sup>63</sup>

No exemplo citado por Teori ALBINO ZAVASCKI, a tutela satisfativa com efeito definitivo precisava ser deferida com urgência ou não com urgência. Não poderia o magistrado ter deferido a tutela da evidência com uma cognição exauriente, pois no momento

<sup>60</sup> FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência – São Paulo: Saraiva, 1996. p. 310.

<sup>61</sup> FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência – São Paulo: Saraiva, 1996. p. 310.

<sup>62</sup> FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência- São Paulo: Saraiva, 1996. p. 306-307.

<sup>63</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

da concessão da liminar não tinha ainda todos os elementos a alicerçarem a sua convicção, portanto nesse caso hipotético a cognição foi apenas sumária.

Para a jurista Maria Lúcia BAPTISTA MORAIS, existem situações em que a tutela de evidência, havendo a necessidade de antecipação da tutela em caráter liminar há obrigatoriedade da prova documental, como ocorre, por exemplo, no mandado de segurança. Assim como a ação de execução o mandado de segurança tem um procedimento sumário documental pré-constituído, pois não se admite outros tipos de prova.<sup>64</sup>

Assim, em que pese a divergência doutrinária no tocante ao juízo de cognição realizado pelo magistrado quanto ao deferimento ou indeferimento da tutela de evidência pleiteada, concluímos e ressaltamos que se trata de uma técnica processual antecipatória criada pelo legislador que visa dar efetividade ao comando constitucional no tocante ao cumprimento e obediência à razoável duração do processo, tornando-o efetivo.

#### 6.5) PONTO NEVRÁLGICO PARA SE ENTENDER O ALCANCE DESTA TÉCNICA PROCESSUAL: O QUE DIFERE ENTÃO A TUTELA ANTECIPADA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA? \_ AUSÊNCIA DO PRESSUPOSTO DO PERICULUM IN MORA.

Pois bem, primeiramente, frise-se que a tutela de evidência será sempre uma técnica processual que visa a antecipação dos efeitos da tutela, todavia, sem o requisito indispensável à concessão da tutela antecipatória preventiva: o periculum in mora.

Assim, amparados em sólida construção doutrinária, tomamos liberdade para explanar o que se segue. Neste sentido, assinala Eduardo José da FONSECA COSTA:

“a tutela de evidência que é ‘pura’ na sua natureza, ou tutela de evidência ‘sem urgência’, embora não contemple risco de dano à esfera jurídica do autor (grau nenhum) ou embora este risco seja desprezível (grau mínimo), o juiz concede a tutela em face da certeza ou quase-certeza do direito alegado que pode ser considerado (grau máximo).”<sup>65</sup>

Para os juristas Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, que para falarem sobre a desnecessidade do critério da urgência na concessão da tutela de evidência se valem do disposto no artigo 273, inciso II do atual CPC, “(...) essa tutela antecipatória

<sup>64</sup> MORAIS, Maria Lúcia Baptista. Revista da AGU- Advocacia Geral da União – Ano X- número 29 – Brasília- DF, jul./ Set.2011- Periodicidade: Trimestral – ISSN 1981- 2035. p, 245.

<sup>65</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Revista de Processo. Vol. 140/ out/ 2006DTR2006662. p, 7.

independe de perigo de dano. Baseia-se simplesmente na maior evidência das alegações da parte autora quando comparadas com as alegações da parte ré.(...)”<sup>66</sup>

Para Sérgio Cruz ARENHARDT e Luiz Guilherme MARINON,

“a tutela que for antecipada baseada no abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu é instrumento que não se caracteriza pela urgência, mas sim de correção do uso indevido do processo. Não se obstrui o direito de defesa, mas sim o ônus do tempo do processo, devendo suportar a demora a parte com a probabilidade menor de êxito na ação.”<sup>67</sup>

Maria Lúcia BAPTISTA MORAIS adverte:

“quando o juiz entende que houve abuso de direito de defesa, significa que essa defesa foi totalmente infundada. Há, por parte da doutrina divergência quanto à necessidade ou não, de que o juiz após a contestação encontre esta hipótese”.<sup>68</sup>

Para o jurista Cássio SCARPINELLA BUENO: “não há necessidade da manifestação do réu para que ocorra a procrastinação, isto é, independe de sua manifestação”.<sup>69</sup>

Luiz FUX, concorda com Cássio SCARPINELLA BUENO, no sentido de entender que não precisa o magistrado aguardar a defesa para que esta seja considerada abusiva. Nos casos de evidência é lícito atender o requerimento da antecipação de tutela, no mesmo sentido quando se analisa a liminar de mandado de segurança.<sup>70</sup>

José Roberto BEDAQUE também entende que a tutela antecipada pode ser deferida independentemente do perigo de dano concreto: “a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como aqueles apresentados na defesa”.<sup>71</sup>

Maria Lúcia BAPTISTA MORAIS assinala:

“a previsão legal teve como preocupação a proteção do direito do autor, que, se mostrando evidente, tem obstado a sua efetivação de pronto, pela intenção de réu de retardar o andamento do processo”.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. Comentado art. por art., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008..

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p, 136.

<sup>68</sup> BAPTISTA MORAIS, Maria Lúcia. Revista da AGU - Advocacia Geral da União – Ano X- número 29 – Brasília-DF, jul./ p, 251.

<sup>69</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. tutela antecipada, Tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4. p, 19.

<sup>70</sup> FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p, 347.

<sup>71</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. . p 309.

<sup>72</sup> BAPTISTA MORAIS, Maria Lúcia. Revista da AGU - Advocacia Geral da União – Ano X- número 29 – Brasília-DF, jul./ p, 253.

Daniel MITIDIERO, entende que o inciso II, trata de tutela antecipatória, fundada em direito evidente, ou seja, que é concedida pelo fato da parte ter uma grande probabilidade sobre o esse direito postulado.<sup>73</sup>

Portanto, ante todo o exposto, percebe-se a desnecessidade do requisito da urgência nesta modalidade antecipatória, o que sem sombra de dúvidas contribuirá para dar efetividade ao comando normativo constitucional que prevê a razoável duração do processo enquanto direito fundamental.

Desta feita, a probabilidade de se dar celeridade a inúmeros feitos que ficam paralisados, não poucas vezes, em virtude do evidente caráter protelatório do réu, será elevada a índices consideráveis. E assim, o direito socorrerá a quem com ele está. A quem de fato está com a razão.

#### 6.6) QUAL A SUA FINALIDADE?

Buscar-se qual a finalidade de tal instituto requer um esforço hermenêutico, que, não obstante, já vem claramente sendo esboçado ao longo de todo este trabalho: a finalidade do instituto da tutela de evidência, instrumento processual inovador, é contribuir para com a celeridade de nosso Judiciário. Assim, busca-se com esse inovador instituto dar efetividade ao comando normativo constitucional que elevou o direito à razoável duração do processo ao rol exaustivo dos direitos e garantias fundamentais, prevista no art. 5º, inciso de nossa Carta Magna.

Assim, este novo instituto entra em harmonia com o preceitos perseguidos pela nova codificação processualística civil brasileira: previsibilidade, efetividade e celeridade. Portanto, podemos obter, ante a sua aplicação eficaz, uma solução estável logo no começo do processo.

#### 6.7) A TUTELA DE EVIDÊNCIA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Conforme explanado na presente obra, alguns doutrinadores já reconhecem traços da tutela de evidência na atual codificação processual civil pátria. Assim, amparada em

---

<sup>73</sup> MITIDIERO, Daniel. Tutela Antecipatória e defesa inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo ( coord.). Tutela de urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio Araújo Baptista da Silva São Paulo: Saraiva 2010, p, 338.

sólida construção doutrinária ao longo dos anos, nossos tribunais edificaram ampla jurisprudência acerca deste instituto inovador e que promete dar efetividade ao comando normativo constitucional que prevê o direito fundamental à razoável duração do processo, tornando tal preceito eficaz. Acompanhem.

Assim se posiciona nossos Tribunais Superiores:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1375481 CE 2013/0080243-2 (STJ)

Data de publicação: 02/05/2014

**Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429 /92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. FUMUS BONI IURIS. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** 1. A Primeira Seção desta Corte Superior firmou a orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração de periculum in mora, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429 /92, bastando a demonstração do fumus boni iuris que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp 1.319.515/ES, 1ª Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.9.2012). 2. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente reconheceu a presença do fumus boni iuris (indícios de ato de improbidade administrativa) e do periculum in mora presumido, requisitos aptos à decretação da constrição patrimonial. 3. Agravo regimental não provido.

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1407616 SC 2013/0216982-1 (STJ)

Data de publicação: 02/05/2014

**Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429 /92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. FUMUS BONI IURIS. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** 1. A Primeira Seção desta Corte Superior firmou a orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração de periculum in mora, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429 /92, bastando a demonstração do fumus boni iuris que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp 1.319.515/ES, 1ª Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.9.2012). 2. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente reconheceu a presença do fumus boni iuris (indícios de ato de improbidade administrativa), entretanto, afastou a presença do periculum in mora em face da ausência de atos de dilapidação patrimonial, o que é desnecessário para a decretação da constrição patrimonial. 3. Agravo regimental não provido.

E não é diferente o posicionamento de nossos órgãos de segunda instância, vejam:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70062006309 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 23/02/2015

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO DE COLAÇÃO. BENS OBJETO DE COMPRA E VENDA ALEGADAMENTE SIMULADA. COISA JULGADA E PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE COLAÇÃO NO CASO CONCRETO. TUTELA DE EVIDÊNCIA.** Preliminares Acolhida a preliminar de deferimento da gratuidade judiciária ao apelante, na ação cautelar em apenso, e rejeitadas as demais preliminares de inépcia recursal e deferimento de efeito suspensivo ao recurso. Preliminares de coisa julgada e prescrição que vão analisadas juntamente com o mérito. Mérito Provado que os negócios de compra e venda, realizados entre a empresa familiar e o herdeiro apelante, não constituem - para efeitos internos da família em litígio - uma efetiva "simulação", haja vista que não houve "doação dissimulada" em favor do réu/apelante. Isso porque, ao contrário do que se verifica em uma "doação pura", o réu/apelante nunca exerceu exclusivamente ânimo de dono em relação aos imóveis, que continuaram mantendo o mesmo status quo frente às relações familiares, decorrendo, a partir dessa "evidência", demonstrada no

TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 20541429520158260000 SP 2054142-95.2015.8.26.0000 (TJ-SP)

Data de publicação: 23/04/2015

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO DIREITO DE RECLAMAÇÃO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FASE DE CONSEQUÊNCIAS CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA TUTELA ANTECIPADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS TUTELA DE EVIDÊNCIA PROVA INSUFICIENTE.** - O artigo 18 , § 1º , da Lei n. 8.078 , de 1990, estabelece a fase de consequências do vício do produto direito potestativo do consumidor, na hipótese de frustração da fase de saneamento no prazo avençado; - Pedido liminar rejeitado hipótese fática que não permite supor o preenchimento dos requisitos do artigo 273 , do Código de Processo Civil . Verossimilhança repelida pela insuficiência de prova, especialmente sobre eventual prazo convencionado entre as partes (art. 18 , §§ 1º e 2º , do Código de Defesa do Consumidor ); periculum in mora inverso a natureza do bem (veículo de luxo) não permite supor o dano irreparável, ao contrário da liminar, ante o risco de liquidez de eventual reversão; - Tutela de evidência interpretação extensiva do artigo 273 , § 6º , do Código de Processo Civil , amparada na doutrina e jurisprudência, que, no entanto, exige a formação do contraditório inadmissível a medida 'inaudita altera parte'; AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv AI 10024133711259002 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 28/04/2014

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS , EXIBIÇÃO INCIDENTAL E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - QUITAÇÃO ANTECIPADA DE EMPRÉSTIMO - EMISSÃO DE BOLETO - POSSIBILIDADE - TUTELA DE EVIDÊNCIA.** Diante da previsão do art. o art. 52 , § 2º , do CDC , é direito do consumidor a quitação antecipada da dívida, com a redução proporcional dos juros e de demais encargos. Comprovada a existência de relação contratual entre as partes, bem como a notificação do banco para emissão do boleto para pagamento total da dívida, está configurada a verossimilhança das alegações da parte apta a ensejar a antecipação de tutela.

TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv AI 10183140115704001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 15/05/2015

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO -**

**INDISPONIBILIDADE DE BENS - TUTELA DE EVIDÊNCIA - REQUISITOS - 'PERICULUM IN MORA' - PRESUMIDO - FORTES INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA - TRANSPORTE DE ALUNOS - AGRAVANTE BENEFICIÁRIO - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 38 , DA CF/88 - PROVIMENTO.** - Consoante precedente do STJ (repercussão geral), a medida cautelar, nas ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa , "não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando representes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa."

TJ-PR - 8246697 PR 824669-7 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 25/01/2012

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TUTELA ANTECIPADA. ART. 273 , § 6º , DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL . PEDIDO INCONTROVERSO. REQUISITOS. INEXIGIBILIDADE DO PERICULUM IN MORA. NÃO SUBMISSÃO À NECESSIDADE DE REVERSIBILIDADE DA MEDIDA. TUTELA DE EVIDÊNCIA.** Para o deferimento da tutela antecipada com fundamento no § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil , necessário tão somente que o pedido ou parte dele seja incontroverso. RECURSO PROVIDO.

Encontrado em: a tutela antecipada, nos termos da fundamentação. 11ª Câmara Cível 8246697 PR 824669-7 (Acórdão) (TJ-PR) Vilma Régia Ramos de Rezende

TJ-PE - Agravo AGV 3451870 PE (TJ-PE)

Data de publicação: 04/02/2015

**Ementa: RECURSO DE AGRAVO. DECISÃO EMERGENTE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO LIMINAR QUE DETERMINOU QUE A ORA AGRAVANTE SUBSTITUISSE O VEÍCULO DEFEITUOSO DO AGRAVADO POR OUTRO DE MODELO E CONDIÇÕES SIMILARES. ART. 18 DO CDC. TUTELA DE EVIDÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC PREENCHIDOS. CONSERTO DO VEÍCULO. IRRELEVÂNCIA EM FACE DA DEMORA. MANUTENÇÃO DA DETERMINAÇÃO. RAZOABILIDADE DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E DO VALOR DAS ASTREINTES. MANUTENÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.** 1. Insurge-se a agravante contra a decisão terminativa que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo autor, para determinar a imediata substituição do veículo do demandante por outro do mesmo modelo e de igual qualidade (observando que se trata de veículo semi-novo), em perfeitas condições de uso, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais). 2. Os documentos colacionados aos autos demonstram que se encontra o autor, ora agravado, privado do carro semi-novo recentemente adquirido, por força de defeitos, os quais ocasionaram a impossibilidade de sua utilização por prazo superior a 135 (cento e trinta e cinco) dias. Tal circunstância, por certo, autoriza o deferimento da antecipação de tutela, porquanto presentes dos requisitos dispostos no art. 273 do Código de Processo Civil. Isto porque se está diante de uma tutela de evidência, em que a verossimilhança das alegações autorais exsurge manifesta, porquanto, de acordo com o art. 18 do CDC, não sendo o vício sanado pelo fornecedor, em 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir a substituição a do produto por outro de igual espécie, em perfeitas condições de uso, não sendo ele obrigado a aceitar o produto com defeito. Precedentes. 3. Não há de se cogitar a majoração do prazo de 10 (dez) dias para cumprimento da liminar, pois, ao estabelecer prazo para efetivação de decisões, não se deve atentar para questões de

conveniência administrativa/operacional da empresa agravante, mas sim observar o caráter de urgência da medida, à vista da necessidade do postulante. No caso, a agravante é fabricante de veículos, sendo de se supor que tem plena possibilidade de cumprir com presteza a obrigação estabelecida na decisão de 1º grau. 4. Apenas quando verificada a existência de desproporcionalidades ou excessos capazes de causar lesão a uma das partes ou ganho excessivo à outra é que cabe ao juiz intervir e adequar a multa pecuniária a parâmetros razoáveis, consoante previsão do § 6º do art. 461 do CPC. Multa mantida no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) por dia de descumprimento. Precedentes. 5. Agravo desprovido. Decisão unânime....

## 6.8) O QUE SE ESPERAR DESTE INOVADOR INSTITUTO?

Em que pese as críticas formuladas por Marinoni no tocante a executoriedade das tutelas antecipatória e de evidência, e aos demais quanto ao aspecto da segurança jurídica do réu em tese suplantada, entendemos que se trata de um instituto que poderá contribuir e muito com a efetividade da tutela jurisdicional almejada.

Desta feita, a questão da celeridade poderá e muito ser otimizada, pois que ao juiz caberá a nobre incumbência de, ante o caso concreto, analisar a evidência do direito que deverá socorrido, sendo evidência mais que verossimilhança, para assim antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo demandante, obstruindo os as vezes insuportável caminho protelatório escolhido pelo réu.

Assim, não resta dúvidas de que acertou o legislador ordinário em dar uma sistematização mais adequada a esta modalidade de técnica antecipatória, distinguindo-a daquelas tutelas ditas de urgência, pois ausente o tal falo pressuposto do *periculum in mora*.

Portanto, estamos otimistas quanto a sua acolhida pelos operadores do direito com a entrada em vigor de nossa nova legislação processual civil. Ademais, como visto ao longo de nosso trabalho, já havia a previsão implícita desta técnica antecipatória, sendo largamente em nossa jurisprudência pátria. A diferença, como demonstramos em tópicos anteriores é que o legislador a distinguiu das tutelas de urgência e ainda acrescentou duas novas hipótese de cabimento.

Logo, como o perdão do trocadilho, é “evidente” que o instituto tão exaustivamente estudado até aqui merecerá total guarida, devendo ser aplicada sem o menor temor pelos nossos operadores de direito, haja vista, ademais, que ainda impera o princípio da fungibilidade, assim, mesmo que a técnica escolhida seja inapropriada, aquele que busca a tutela estatal de seu direito não poderá ficar desprotegido, devendo a jurisprudência de nossos tribunais firmar sólido posicionamento quanto a esta possibilidade.

Enfim, tanto quanto a tutela antecipada surgida na década de 90 em nosso país, a qual teve o condão de dar celeridade a muitos feitos que estavam paralisados, necessitando os litigantes de verem seus direitos satisfeitos, assim será a tutela de evidência: um instituto inovador que terá a nobre incumbência de lutar com um fenômeno intrigante: o tempo, tão corrosivo quanto indispensável à evolução do ser e da sociedade.

## 7.) CONCLUSÃO

A questão do tempo intriga não somente aos processualistas contemporâneos, mas também a poetas, físicos, jornalistas, amantes,... enfim, a todas às pessoas. Trata-se de um fenômeno da natureza que carrega consigo todos os anseios, desejos, expectativas e histórias humanas. E esse fenômeno ataca em cheio uma demanda judicial, em que os nervos estão à flor da pele.

Ocorre que, nos Tribunais brasileiros, há nítida a presença da morosidade, em que uma demanda se arrasta por anos a fio, sem uma solução satisfatória ao demandante, ou se, satisfatória, já não mais suficiente, pois que muito fora da realidade que o cercava no momento próprio do ajuizamento da ação, afinal, o tempo, esse mesmo tão falado e debatido ao longo de todo o trabalho, tem o poder de transformar tudo ao seu redor.

Assim, vimos que o legislador constituinte reformador, atento à insatisfação social no tocante à morosidade de nosso Poder Judiciário, elevou o direito à razoável duração do processo a direito fundamental, inserindo-o no exaustivo rol do artigo 5º de nossa Carta Magna. Desta feita, restou a problemática de como então tornar efetivo tal comando constitucional. É claro que o problema da morosidade, como visto nesta monografia, não se limita a questões de cunho estritamente legais, diga-se: afeta ao nosso direito processual pátrio, estendendo-se a questões de ordem burocrática, de aparato humano, estrutural, dentre outros fatores de suma importância que interferem no andamento dos feitos que correm pelas inúmeras secretarias abarrotadas de processos em nosso país.

Todavia, não obstante a ressalva acima, um direito processual condizente e em harmonia com os anseios sociais, contemporâneo à realidade que o cerca, a esta efusiva sociedade de massas atual, terá o condão de contribuir e muito para mudar este caótico quadro.

Nesse sentido eu vos apresentei a tutela de evidência, um instituto inovador presente na reforma processual pelo que passou nossa legislação processual, que tem tudo para tornar o processo mais célere.

Trata-se de uma técnica processual extremamente eficaz que antecipará os efeitos pretendidos na tutela jurisdicional almejada. Ademais, trata-se de um técnica antecipatória em que não há o requisito da urgência para obter a sua concessão, bastando tão somente a evidência do direito em jogo.

Como tivemos oportunidade de ver, tal técnica, segundo posicionamento doutrinário robusto, já estava presente em nosso código processual atualmente em vigor,

todavia, sem esta nomenclatura. Assim, o que o legislador ordinário fez foi dar uma leitura coerente com a envergadura desse instituto, separando-o das tutelas de urgência, agora satisfativa e acautelatória, deixando o novo Código de Processo Civil com uma roupagem sistemática eficiente.

Portanto, se ao ingressar em juízo o que o demandante espera é ver socorrido o seu direito, evidenciando-o de pronto, não suportará o peso insustentável da morosidade de nosso judiciário, e, conseqüentemente, depositará uma fé inabalável em nosso sistema de Justiça, o que reflete como sinônimo de segurança jurídica, e esta, por sua vez, traduz-se como inúmeras variáveis propícias a consolidar nosso país como um Estado efetivamente democrático, em que o cidadão tem consciência de que poderá aqui investir, pois que seus direitos serão sempre preservados, assegurados e atendidos, e, mais importante, sem o peso castigante da morosidade do Judiciário. Para isto, basta evidenciar o seu direito perante os tribunais e, mais importante, sem o critério da urgência, muitas das vezes inexistente. Mas, pergunta-se: que direito não é urgente?

Evidências. Tutela de evidência: podemos esperar muito deste instituto.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p 195-204.

ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação da tutela, 2001, p.176

ÁVILA, Humberto, TEORIA DOS PRINCÍPIOS – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12<sup>o</sup>ed. Editora Malheiros, 2011, São Paulo . pgs. 163-164

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços, 1921.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2. ed. Celso Bastos Editor: 1999. p.104

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência, 3 ed., 2003, p. 351

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. . p 309.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992, p.4

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004, p.56.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. tutela antecipada, Tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4. p, 19.

CANOTILHO, J.J. GOMES apud BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2. ed. Celso Bastos Editor: 1999. p.104

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.19).

CHIOVENDA, Giusepe. Instituições de direito processual civil, cit. , 1942, v. 1, p. 98

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9<sup>o</sup> ed., Editora JusPodvim, v.2, p.469

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9<sup>o</sup> ed., Editora JusPodvim, v.2, p.492

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9<sup>o</sup> ed., Editora JusPodvim, v.2, p.497

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9<sup>o</sup> ed., Editora JusPodvim, v.2, p.491

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Processo Civil, 9<sup>o</sup> ed., Editora JusPodvim, v.2, p. 526

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9ª ed. 2001. Editora Malheiros. Pg.149

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais. In: Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990. p. 12-14

FIHO, João Oliveira. Origem cristã dos direitos fundamentais do homem, Rio de Janeiro, Forense, 1968.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.

FRIEDE, Reis; KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago. A tutela de urgência no processo civil brasileiro. Niterói-RJ: Impetus, 2009.)

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p, 347.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. 238 p.

GRAU, Roberto Grau. A ordem econômica na constituição de 1988. 2. ed., São Paulo : Malheiros., 1991, p.194-196.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo, p. 36.)

KIRCHHOF, Paul .Die Verschiedenheit der Menschen und die Gleichheit vor dem Gesetz, pp. 8 e s

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.)

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5ª ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.229.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, 5ª ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.230

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Ed. Revista dos Tribunais, v.1, p. 68 e ss.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Ed. Revista dos Tribunais, v.1, p. 69 e ss.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5ª ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.210

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.210-2011

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.249

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.265

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. O Novo Processo Civil. 1º Edição. Editora: Revista dos Tribunais, 2014)

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ºed. , v.2, Revista dos Tribunais, p 490

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ºed. , v.2, Revista dos Tribunais, p 491

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.228

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5º ed., Revista dos Tribunais, v.1, p.229

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, 10ºed. , v.2, Revista dos Tribunais, p 195-196

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. 10º ed., Editora Revista dos Tribunais, v.2, p.196

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. 10º ed. Editora Revista dos Tribunais, v.2, p.197

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – Processo Cautelar. 2 ed., v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil; v.3), p23.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado art. por art.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.276.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 235

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. Comentado art. por art., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008..

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros , 1998. p, 136.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. ed. 12, São Paulo : Malheiros, 1999, p. 92.)

MITIDIERO, Daniel. Tutela Antecipatória e defesa inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo ( coord.). Tutela de urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio Araújo Baptista da Silva São Paulo: Saraiva 2010, p, 338.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997. p.42

MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, p. 19.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista de Direito do Consumidor, v.30, p.98 e ss.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Afonso José da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg.172.

SILVA, Afonso José. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 173

SILVA, Afonso José. Curso de direito constitucional positivo, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 175

SILVA, Afonso José. Curso de direito constitucional positivo, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 176-177

SILVA, Afonso José. Curso de direito constitucional positivo, Ed. Medeiros, 26 ed., 2006, pg. 178

SILVA, Afonso José da. Aplicabilidade das normas constitucionais. P. 82

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 432.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.165.)

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável.” Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência), v.3 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.37.

SPALDING, Alessandra Mendes. Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 31

THEODORO JR, Humberto. Curso de Processo Civil, 55ª ed. Editora Forense, v.1, Apresentação

TOBENÃS, José Castán. Los derechos del hombre, pp. 38 e ss.

VECCHIO, Giorgio del. La Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dans la Révolution Française, p.17

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela, 2 ed., 1999, p. 97.

ZAVASCKY, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 4 ed. rev. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2005. p, 108

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p, 34.

## **REVISTAS ACADÊMICAS**

AMARAL, Rafael Lopes do. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista Dialética de Direito Processual, n 46, jan. 2007, p.100/101.

BAPTISTA MORAIS, Maria Lúcia. Revista da AGU - Advocacia Geral da União – Ano X-número 29 – Brasília- DF, jul./ p, 251.

BAPTISTA MORAIS, Maria Lúcia. Revista da AGU - Advocacia Geral da União – Ano X-número 29 – Brasília- DF, jul./ p, 253.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Revista de Processo. Vol. 140/ out/ 2006DTR2006662. p, 7.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência – São Paulo: Saraiva, 1996. p, 305. Revista de Direito do Trabalho. Ano 36. Nº 140. Out- dez/2010. p, 16.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos Evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 15 de mai 2013, p, 8.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos Evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 15 de mai 2013, p, 18.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência – São Paulo: Saraiva, 1996. p, 310.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência – São Paulo: Saraiva, 1996. p, 310.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência- São Paulo: Saraiva, 1996. p, 306-307.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e genérica. Revista de Processo, São Paulo, v.35, n.182, abr.2010, p.325.

MORAIS, Maria Lúcia Baptista.Revista da AGU- Advocacia Geral da União – Ano X-número 29 – Brasília- DF, jul./ Set.2011- Periodicidade: Trimestral – ISSN 1981- 2035. p, 245.

NUNES, Dierle. Reforma do CPC: contraditório e fase preparatória da cognição. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, n. 314, p. 38-40, fev. 2010. Quinzenal..

SILVA, Ivanoska Maria Esperia da. O Direito à Razoável Duração do Processo: uma Emergência Processual. Revista Dialética do Processo, n. 66, p. 33-42, set. 2008. Mensal

TAVARES, Fernando Horta et al. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático=Urgency of guardioships: for a theory of the effectiveness of the process adequate to the democratic rule of law. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, BH, v.11, n 21, 1º sem. 2008, p.149.

## **ENDEREÇOS ELETRÔNICOS**

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador: Instituto brasileiro de Direito Público. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 20/07/2009>. Acesso em 12 de julho de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI - Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0902201107.htm>

Pedro Lenza - Disponível em <http://jus.com.br/artigos/6463/reforma-do-judiciario-emenda-constitucional-n-45-2004>

Luis Carlos Moro.Disponível em [http://www.conjur.com.br/2005-jan-23/definir\\_razoavel\\_duracao\\_processo](http://www.conjur.com.br/2005-jan-23/definir_razoavel_duracao_processo)

VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública.

Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. Disponível em <<http://www.jus.com.br/artigos/4369/o-conceito-juridico-do-principio-da-eficiencia-da-administracao-publica>.> Acesso em 15 de outubro de 2015.

## **DICIONÁRIOS**

Dicionário Houais, 2ºed., Editora Moderna Ltda., 2004, Rio de Janeiro., p.624

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)

BRASIL. Proposição de lei nº 409267. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>