

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – CONCENTRAÇÃO TEORIA GERAL DA
JURISDIÇÃO E PROCESSO

LEANDRO ANTONIO PAMPLONA

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA E A NECESSIDADE DE UMA
MEDIDA URGENTE, LIMINAR E IRREVERSÍVEL

PORTO ALEGRE

2010

LEANDRO ANTONIO PAMPLONA

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA E A NECESSIDADE DE UMA
MEDIDA URGENTE, LIMINAR E IRREVERSÍVEL

Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Dr. DANIEL FRANCISCO MITIDIERO

PORTO ALEGRE
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

Leandro Antonio Pamplona, autor da Dissertação de Mestrado intitulada O direito fundamental à tutela adequada e a necessidade de uma medida urgente, liminar e irreversível, apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, submeteu-se à banca avaliadora na data abaixo, sendo aprovado.

Local, ____ de _____ de ____.

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P186d Pamplona, Leandro Antonio

O direito fundamental à tutela adequada e a necessidade de uma medida urgente, liminar e irreversível / Leandro Antonio Pamplona. – Porto Alegre, 2010.
152 f.

Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero.

1. Direito. 2. Direito Processual Civil. 3. Direitos Fundamentais.
4. Tutela Jurisdicional. 5. Tutela Antecipada. I. Mitidiero, Daniel Francisco.
II. Título.

CDD 341.46

RESUMO

O direito fundamental ao processo justo contém a necessidade de prestação jurisdicional adequada. Para que a prestação jurisdicional possa ser adequada são necessários mecanismos que adaptem a tutela buscada ao tempo de sua prestação. O procedimento comum, ordinário ou sumário, não responde mais de forma satisfatória aos anseios daqueles que buscam o judiciário, principalmente em virtude de sua incompatibilidade temporal aos casos urgentes. A distribuição do ônus do tempo entre as partes foi uma solução encontrada para adaptar a prestação jurisdicional a tutela buscada. Para adequar o tempo inerente ao desenvolvimento do processo às tutelas urgentes desenvolveram-se formas de parcialização da lide com possibilidade de antecipação da tutela. Dentro dessa perspectiva, as tutelas urgentes precisam de medidas expeditas para sua efetivação. Contudo, atualmente não há, na legislação, uma medida adequada a proteger as situações urgentes que se mostrem irreversíveis e definitivas. O § 2º do art. 273 do CPC é expresso ao vedar a possibilidade de antecipação quando há risco de irreversibilidade. Apesar desse requisito negativo, a proteção é feita de forma inadequada através da antecipação de tutela. Ante a essa situação, mostra-se prudente o desenvolvimento de uma medida própria, adequada à tutelar situações urgentes e irreversíveis.

Palavras chave: tutela adequada – efetividade – sumário – verossimilhança – irreversibilidade – medida epítome.

ABSTRACT

The fundamental right of the due process contains the need for granting the proper judgment. The mechanisms that adjust the sought-after legal protection to the time of the granting are necessary so that the granting of judgment is proper. The common, ordinary or final procedures do not meet satisfactorily the demands of those who seek legal help, especially, because of the temporal incompatibility with urgent cases. The distribution of the burden of time between the parties was a solution found to adapt the granting of judgment to the sought after protection. The manners of partializing an action with a possibility of anticipating the protection have developed to adjust the period of time inherent to the development of the action to urgent cases of protection. Within this context, the urgent cases of legal protection need expedite measures to come into effect. However, at present, there is no proper measure in law to protect urgent situations that appear to be irreversible or definitive. § 2º of the article 273 of the Procedural Code is clear in prohibiting the possibility of anticipation where there is a risk of irreversibility. In spite of this negative requirement, the protection is carried out in an improper manner by anticipating the legal protection. Therefore, considering this situation, the development of a proper measure adequate for handling urgent and irreversible situations appears to be reasonable.

Key words: proper judgment – effectiveness – summary – clear and convincing evidence – irreversibility – epitome injunction.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| I O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA..... | 11 |
| 1.1 O Direito Fundamental ao processo justo..... | 11 |
| 1.2 A tutela jurisdicional adequada como componente do direito fundamental ao processo justo..... | 20 |
| 1.2.1 O procedimento ordinário como regra..... | 26 |
| 1.2.2 Tutela adequada e o conflito entre efetividade vs segurança jurídica..... | 28 |
| 1.3. O correto tratamento do ônus do tempo no processo como decorrência da necessidade de adequação da tutela jurisdicional..... | 31 |
| 1.3.1 A importância do bem jurídico..... | 35 |
| 1.3.2 Repercussão da solução jurídica para a sociedade..... | 36 |
| 1.3.3 A possibilidade de concessão de liminar..... | 37 |
| 1.3.4 Criação legislativa de mecanismos que propiciem a realização mais rápida da tutela jurisdicional..... | 41 |
| 1.3.5 Técnicas utilizadas para distribuir o ônus e garantir a tutela adequada..... | 42 |
| 1.3.5.1 Tutela cautelar..... | 43 |
| 1.3.5.2 Tutela antecipada..... | 44 |
| II COGNIÇÃO SUMÁRIA, VEROSSIMILHANÇA E IRREVERSIBILIDADE... | 46 |
| 2.1. Cognição sumária e verossimilhança..... | 46 |
| 2.2 A verossimilhança como critério para repartição do ônus do tempo e proteção dos direitos..... | 54 |
| 2.3 A irreversibilidade como contingência inarredável do mundo e a necessidade de sua proteção..... | 63 |
| 2.3.1 Da irreversibilidade dos efeitos fáticos ou do próprio provimento. | 69 |
| 2.3.2 A irreversibilidade, ampla defesa e contraditório..... | 72 |
| 2.3.3 Aplicação do princípio da proporcionalidade..... | 75 |

| | |
|--|-----|
| 2.4 A verossimilhança como conceito determinante de proteção ou não de situações irreversíveis. O risco inerente do processo civil..... | 82 |
| 2.4.1 Da irreversibilidade recíproca..... | 84 |
| 2.4.2 A proteção de situações irreversíveis com base na verossimilhança e o devido processo legal..... | 86 |
| 2.4.3 Mecanismos para atenuar o risco inerente do Processo civil (caução, responsabilidade objetiva)..... | 90 |
| 2.5 Necessidade de positivação de uma medida processual atípica e autônoma que contemple uma tutela urgente, irreversível e sumária..... | 93 |
| 2.5.1 A inadequação da antecipação da tutela irreversível..... | 94 |
| 2.5.1.1 A continuidade do processo..... | 96 |
| 2.5.2 Atual ausência de uma tutela adequada..... | 99 |
| 2.5.3 Medida Epítome..... | 103 |
| 2.5.3.1 Características da medida..... | 105 |
| 2.5.3.1.1 Sumariedade formal e material..... | 105 |
| 2.5.3.1.2 Autônoma..... | 108 |
| 2.5.3.1.3 Contraditório prévio, diferido ou eventual..... | 109 |
| 2.5.3.2 Natureza da medida e coisa julgada..... | 115 |
| 2.5.3.3 Pressupostos para concessão..... | 123 |
| 2.5.3.3.1 Máxima urgência..... | 123 |
| 2.5.3.3.2 Forte probabilidade..... | 124 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 128 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA..... | 131 |

INTRODUÇÃO

Com o crescimento da sociedade multiplicaram-se as relações sociais e, por conseqüência, os conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário. O aumento no número de demandas, tornou mais difícil a tarefa do Estado de prestar a jurisdição em tempo compatível com a necessidade dos postulantes.

Tal situação tem mobilizado os estudiosos da área do direito, e também de outras áreas, na busca por reformas na administração judiciária bem como das normas processuais. O aperfeiçoamento e as mudanças visam à prestação jurisdicional adequada.

O desenvolvimento dos direitos fundamentais e a irradiação de seus princípios refletiram diretamente no processo civil. Dentro do art. 5º da Constituição estão arroladas diversas garantias processuais, destacando-se o acesso à justiça.

O direito de acesso à justiça deixou de ser apenas um direito de buscar o Poder Judiciário, mas, sim, receber uma prestação efetiva. Além de facilitar o acesso à jurisdição, cabe ao Estado garantir o cumprimento de sua decisão. O caminho para esse fim é trilhado através do processo justo.

Por sua vez, o direito fundamental ao processo justo demanda equilíbrio de armas entre as partes, de forma que sejam respeitadas as garantias fundamentais de defesa, mas que se alcance a efetividade da sentença produzida por um juiz imparcial.

Para que se garanta o processo justo é preciso compatibilizar a efetividade com a segurança jurídica. Contudo, o modelo processual padrão, do processo de conhecimento, fundado em cognição plena e exauriente, com todas as garantias a ele inerentes, não se adapta aos mais variados tipos de tutela. É evidente a incompatibilidade desse modelo com as tutelas urgentes.

A igualdade entre as partes no processo não é apenas formal, mas também material, de modo que o tempo processual deverá ser corretamente distribuído entre

as partes. Se, por um lado, é necessário que o réu tenha respeitada suas garantias de defesa, por outro, é garantida a efetividade ao autor.

Esses princípios devem ser harmonizados de acordo com a tutela pretendida. No caso das tutelas urgentes é respeitado o direito de defesa do réu em momento subsequente, quando sua oitiva prévia puder frustrar o direito do autor. Não há qualquer violação ao direito de defesa, apenas uma adequação do tempo a tutela urgente buscada.

A adequada distribuição do ônus do tempo entre os litigantes faz com que o Código de Processo Civil tenha modelos compatíveis com a urgência necessária. Nessa senda, citam-se as medidas cautelares com rito simplificado, os procedimentos especiais com liminares, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela e o julgamento antecipado da lide.

Nesse cenário, a antecipação dos efeitos da tutela teve fundamental importância, permitindo a correta distribuição do ônus do tempo, nas situações emergenciais, sem que o autor tenha que suportar sozinho o ônus do tempo.

Foi exatamente a aspiração da efetividade do processo, com ideal de justiça de sociedade moderna, no sentido de obter-se uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, que levou o legislador a inserir na ordem processual, técnicas diferenciadas, com o escopo de evitar os danos decorrentes do tempo excessivo de duração do processo, necessário para obtenção da certeza jurídica.

Nas tutelas de urgência o julgamento precisa ser mais expedito não podendo ser realizado com base em cognição plena e exauriente. A partir das técnicas de cognição foi possível reduzir a profundidade e extensão do conhecimento do julgador diminuindo o tempo da decisão. Através da cognição sumária, baseada num juízo de verossimilhança, o juiz analisa o direito posto em causa e tem condições de emitir uma decisão ainda que liminarmente. Mesmo que ausente a defesa do réu, o magistrado privilegia o direito provável e sacrifica o improvável.

Apesar de integrarem o rol das tutelas urgentes, as tutelas cautelares e a antecipação de tutela possuem escopos diferentes. Diferentemente das tutelas cautelares que apenas resguardam a jurisdição, garantindo a futura efetividade da sentença, a antecipação de tutela satisfaz imediatamente o autor. Em que pese o

escopo diferente das medidas, ambas são provenientes de cognição sumária baseadas em um juízo de probabilidade.

Contudo, a satisfação urgente encontra um óbice. O parágrafo 2º do art. 273 é expresso ao proibir a antecipação de tutela quando essa se mostrar irreversível. Inúmeros são os exemplos que demandam uma tutela urgente que uma vez satisfeita pode se configurar irreversível. Tendo em vista a necessidade de tutelar essas situações, doutrina e jurisprudência, encontraram no princípio da proporcionalidade o fundamento para possibilitar o deferimento dessas medidas.

Ou seja, ainda que expressamente vedado, pode-se antecipar os efeitos da tutela final pretendida mesmo que essa se apresente irreversível. Entretanto, essa solução não possui o melhor trânsito na doutrina, pois são diversos os conflitos ressaltados. A ausência de contraditório, quando deferida de forma liminar, a incompatibilidade da irreversibilidade com a provisoriedade inerente ao provimento antecipatório, são apenas alguns dos óbices salientados pela doutrina.

Essa situação lembra a das cautelares inominadas, que apresentavam característica incompatível com sua natureza: a satisfação. Dessa forma, há um espaço vacante na legislação atual, que deve ser preenchido.

Em virtude da vedação legal e da própria natureza das medidas antecipatórias mostra-se prudente a criação e o desenvolvimento de uma medida adequada a resolver casos urgentes e irreversíveis de forma liminar, sem aviltar outros direitos fundamentais e as próprias características do provimento antecipado.

Apresentado o problema da impossibilidade de deferir medida antecipatória que se apresenta irreversível tem-se como objetivo no trabalho apresentar uma medida adequada para tanto.

O primeiro capítulo trata do direito fundamental à tutela adequada, abordando o processo justo e a correta divisão do ônus do tempo entre as partes no processo. Na segunda parte será analisada a cognição sumária, verossimilhança e a irreversibilidade.

Dentro da abordagem da irreversibilidade, dar-se-á ênfase à forma como hoje as medidas dessa natureza são concedidas e sua inadequação. Em

decorrência da incompatibilidade das medidas urgentes e irreversíveis com a antecipação de tutela é proposto um novo modelo.

Neste estudo foi utilizado o método indutivo e hipotético dedutivo de abordagem, justificado pela necessidade de criação de uma lei adequada aos casos ainda não tutelados. O método de procedimento é o comparativo, pois distingue as diversas formas de tutela de urgência, não se encaixando as hipóteses irreversíveis. Em virtude da análise específica do art. 273 do CPC e seu requisito negativo, em consonância com princípios e direitos fundamentais, a interpretação foi exegética e sistemática.

Enfim, o presente estudo busca apresentar um novo formato para tutelar as tutelas urgentes, liminares e irreversíveis.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento dos direitos fundamentais refletiu em todas as áreas do Direito em especial no processo. A garantia fundamental ao processo justo exige do Estado a prestação jurisdicional efetiva sem prejuízo das garantias de defesa.

Cabe, portanto, a adequação da efetividade, muitas vezes representada pela celeridade, com a segurança jurídica. Aquelas tutelas que demandam urgência devem ser prestadas da forma mais rápida possível, mas respeitando as garantias constitucionais de defesa.

No entanto, em alguns casos, a urgência é tamanha que não é possível garantir de forma antecipada a defesa do réu, deslocando essa, para momento futuro.

Através de técnicas cognitivas encontrou-se uma forma de adequar à prestação jurisdicional a tutela pretendida. Nos casos das tutelas urgentes, o juiz pode, com base na cognição sumária, menos profunda e extensa, emitir um primeiro juízo de valor baseado na verossimilhança da alegação das partes.

Essa técnica equilibrou melhor o ônus do tempo entre as partes, de forma que o autor não tivesse mais que esperar o tempo da sentença para ver seu direito imediatamente satisfeito. A forma usual do processo de conhecimento, com seus direitos e garantias inerentes, não contemplava mais as variadas formas de tutela e em especial os casos urgentes.

Foi preciso uma modificação no Código de Processo Civil para adaptar as novas situações com o modelo processual. A redação do artigo 273 do Código de Processo Civil foi a resposta do legislador aos anseios de uma justiça mais célere e protetiva, traduzindo dessa forma uma prestação jurisdicional mais justa ao cabo do processo.

Dessa forma está se garantindo a efetividade e a segurança jurídica. Contudo essa harmonia entre os direitos fundamentais nem sempre é possível.

Visando manter a igualdade entre as partes e impossibilitar um julgamento liminar, o legislador, ao admitir a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela final pretendida, limitou essa possibilidade vedando as hipóteses de irreversibilidade.

A justificativa para essa inadmissão está na superficialidade da cognição, na ausência da audiência bilateral, violando direitos fundamentais garantidos ao réu e da própria incompatibilidade do provimento antecipatório com situações irreversíveis.

Grande parte da doutrina entende suficiente para solução da questão a aplicação do princípio da proporcionalidade. Data máxima vênia, essa não parece ser a melhor solução.

Os provimentos antecipatórios têm como intrínseca característica a provisoriedade de suas medidas, possibilitando que as mesmas sejam reversíveis num juízo mais profundo. Entretanto, conforme vastamente citado no trabalho, são vários os casos em que o juiz é obrigado a julgar com base apenas nas alegações do autor, emergencialmente, tendo em vista a natureza do caso em apreço.

A decisão tomada, ainda que fundada em cognição sumária e sem a oitiva da parte contrária, terá *status* de irreversibilidade, totalmente incompatível com a provisoriedade inerente à antecipação de tutela.

Há em nossa legislação atual um espaço vacante para proteção dessa medida. A impropriedade da antecipação de tutela para proteger os casos irreversíveis parece o que outrora ocorreu com as cautelares satisfativas.

Ora, dada a natureza das medidas cautelares, se fosse satisfativa a medida, perdia seu caráter cautelar. Da mesma forma se sucede com a antecipação de tutela, se é definitiva não pode ser uma antecipação, mas sim uma decisão final.

Fundado nesse problema legislativo atual, se mostra necessária a criação e desenvolvimento de uma medida que proteja de forma adequada os casos em que o julgamento, ainda que baseado num juízo de probabilidade, será definitivo e irreversível.

Através das pistas deixadas pela doutrina, que critica a possibilidade de antecipação irreversível de tutela, formatou-se uma medida apta a solucionar o litígio de forma adequada.

Tendo em vista os aspectos particulares que permeiam esse tipo de medida tal como: a possibilidade de apenas uma decisão e o contraditório eventual, em virtude da urgência necessária da medida, ficou estabelecido um campo restritivo de possibilidades.

Na verdade, esse tipo de medida somente poderá ser tomada quando o direito a ser tutelado for a vida. Apenas nessa hipótese, pelo menos a princípio, se admitirá a medida batizada como epítome.

O formato dessa medida, como já foi dito, foi inspirado nas pistas deixadas pela doutrina e também no direito comparado, em especial no *référé* francês e nas medidas *autosatisfactivas* argentinas.

Para tutelar adequadamente as situações urgentes como autorização para aborto, amputação de membro, colocação de prótese ou órtese, transfusão de sangue e alteração na fila de transplantes, só para citar alguns exemplos, mostra-se necessário uma medida autônoma, não instrumental, sumária formal e materialmente, baseada num juízo de probabilidade, que possibilite um contraditório eventual e que admita a irreversibilidade definitiva.

Ao prejudicado pela medida irreversível caberá o ingresso de ação própria para apuração de forma mais profunda, o direito pleiteado pelo autor e em caso de erro no juízo *prima facie*, a indenização.

Também precisa estar presente, para o deferimento da medida, a urgência máxima que se difere da urgência da antecipação de tutela por não possibilitar a bilateralidade de audiência e a forte probabilidade do direito, nível mais próximo da certeza.

Dessa forma, a medida epítome está apta a suprir a falta de uma previsão correta nos casos de extrema urgência em que a decisão será sumária, mas poderá acarretar a imutabilidade definitiva.