

Considerações sobre segurança jurídica, efetividade processual e tutela antecipada

Eduardo Marques Machado¹, edumarquesadv@hotmail.com

1. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF), Rio de Janeiro, RJ; professor na Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé, MG; advogado.

RESUMO: A tutela antecipada, provimento liminar deferido pelo juiz diante do preenchimento dos requisitos estabelecidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, é instituto processual que acaba conferindo efetividade ao processo, na medida em que soluciona, prontamente, uma questão posta à apreciação da autoridade judiciária. No entanto, dado o seu caráter precário, já que pode ser revogada pelo juiz quando da oportunidade em que venha a proferir a sentença, a tutela antecipada apresenta implicações sobre o postulado da segurança jurídica. O presente artigo, dessarte, tem por fito tecer considerações sobre a aparente antinomia entre os postulados da segurança jurídica e da efetividade da justiça, tendo como pano de fundo o instituto da tutela antecipada.

Palavras-chave: segurança jurídica, efetividade processual, tutela antecipada.

RESUMEN: Consideraciones sobre la seguridad jurídica, la efectividad procesal y tutela anticipada. La tutela anticipada, acto legal deferido por el Juez delante del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 273 del Código del proceso Civil, es instituto procesal que acaba

dando efetividade ao processo, a medida que soluciona, rapidamente, uma questão posta ao parecer da autoridade judiciária. No obstante, dado seu caráter precário, já que pode ser anulado por o juiz assim que determine sua sentença, a tutela antecipada apresenta implicações sobre o postulado da segurança jurídica. O presente artigo, de esta maneira, teje considerações sobre a aparente contradição entre os postulados da segurança jurídica e da efetividade da justiça, tendendo como fundo o instituto da tutela antecipada.

Palabras llaves: segurança jurídica, efetividade processal, tutela antecipada.

ABSTRACT: Considerations on the legal security, procedural effectiveness and anticipated guardianship. The anticipated guardianship, granted preliminary provisions for the judge ahead of the fulfilling of the requirements established in article 273 of the Code of Civil action, is procedural institute that ends conferring effectiveness to the process, when it solves, readily, a question appreciates by the judiciary authority. However, given its precarious character, since it can be revoked by the judge when of the chance it proflows the sentence, the anticipated guardianship presents implications on the postulate of the legal security. The present article, thus, has the aim to weave considerations on the apparent antinomy between the postulates of the legal security and the effectiveness of justice, having as background the institute of the anticipated guardianship.

Keywords: legal security, procedural effectiveness, anticipated guardianship.

I – O postulado constitucional da segurança jurídica *versus* a efetividade do processo: antinomia aparente.

O conceito de segurança jurídica não está explicitado. Entretanto, pode ser identificado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e no *caput* do seu artigo 5º.

De acordo com Paulo Barros de Carvalho,

A segurança jurídica é por excelência um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeções sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo – então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo. Se a esse tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será fácil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suportes, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança (2003, p. 360).

Evandro da Silva Barros explica que a segurança jurídica está inserida primeiramente no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e também no *caput* do art. 5º da mesma Constituição. Diz ainda que o vocábulo “segurança” encontra-se expressamente firmado nos textos citados (2004, p. 55-8).

No preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos

sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

No *caput* do art. 5º, da Constituição Federal de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Para Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 17-9), a segurança jurídica é concebida como valor na Constituição de 1988, pois os valores se completam e se fundamentam reciprocamente: não há Justiça materialmente eficaz se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a cada um o que, por ser justo, lhe compete.

Destarte, o art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal brasileira, determina que não será objeto de Emenda Constitucional, entre outros, os direitos e garantias individuais. Esse dispositivo constitucional possui a função de assegurar ao cidadão, num Estado Democrático de Direito, a preservação de todos os seus direitos. Assim sendo, entende-se que qualquer emenda constitucional ou qualquer ato revogatório, que explicita ou implicitamente o atingir, ferirá a estrutura do princípio da segurança jurídica em que estão fundados os direitos e garantias dos indivíduos.

A segurança jurídica não deve estar somente na observância da constitucionalidade da lei, como também na forma como os poderes que constituem o Estado agem com relação a essas normas, devendo, antes de qualquer coisa, ser observada a vontade da maioria, que é o povo, motivo e razão da existência do Estado.

Por outro lado, encontra-se o princípio da efetividade de justiça. O direito ao acesso à justiça, visto por essa ótica, prende-se às condições necessárias para que se busque a tutela jurisdicional adequada, que só será alcançada caso se verifiquem instrumentos processuais aptos a conferirem efetividade ao processo visando à efetividade da justiça.

A lentidão e a inércia, quase sempre observada na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, vão de contramão à sua efetividade. Assim, não se justifica a prestação da tutela jurisdicional sem a sua real efetividade. O longo decurso de tempo, que comumente se tem verificado desde a propositura da ação até a prolação da sentença, quiçá seu trânsito em julgado, tem tornado ineficiente a prestação jurisdicional decorrente de alterações circunstanciais e fáticas possivelmente havidas no decorrer desse período.

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

Diante disso, é inexorável a conclusão no sentido de que a eficiência da justiça, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional e constitui elemento essencial do Estado Democrático de Direito. O princípio da efetividade, então, reveste-se não só de um aspecto jurídico, mas também de uma natureza política, informativa do processo.

Corroborando com este entendimento Teori Albino Zavascki, ao aduzir que

Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular (1997, p. 167).

Sobre o tema, Giuseppe Chiovenda (1998, p. 519) doutrina que a vontade da lei tende a realizar-se no domínio dos fatos até as extremas consequências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, o processo deve dar, quando for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.

É de se anotar que o princípio da efetividade do processo, segundo Cândido Rangel Dinamarco, aponta tendências e progressos no processo civil, como a “aceleração do processo” e a “efetividade da tutela jurisdicional.” (2001, p. 286-92). Já o princípio da segurança jurídica permeia pelos consagrados princípios do contraditório e da ampla defesa, indo de encontro um com o outro.

A moderna doutrina processual preocupa-se não apenas com a entrega da tutela jurisdicional, mas com sua efetividade e utilidade para a parte.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “caso o jurisdicionado necessite de atuação pronta do poder judiciário, como, por exemplo, a concessão de medida liminar, pelo princípio constitucional do direito de ação tem ele direito de obter essa liminar. [...] Isso é tutela jurisdicional adequada, corolário e desdobramento indissociável do princípio constitucional do direito de ação” (2002, p. 20).

Assim, em uma primeira análise, parece que o princípio da efetividade do processo contrapõe-se ao princípio da segurança jurídica. O rito ordinário do processo de conhecimento tem como sua sustentação a segurança jurídica, a qual, para ser alcançada, implica a necessidade de formalismos que buscam assegurar às partes o amplo direito de defesa e o contraditório, respeitando o devido processo legal. Esses princípios estão contidos no texto Constitucional e, por isso mesmo, não podem ser, sob quaisquer pretextos ou circunstâncias, relegados a uma categoria secundária e muito menos suprimidos.

Para Teori Albino Zavascki,

[...] a harmonia e compatibilidade que, no plano puramente normativo, se verificam em relação aos direitos e deveres reciprocamente atribuídos aos litigantes pela Constituição, nem sempre são reproduzidas em situações concretas. Nem sempre os direitos à utilidade da jurisdição, do demandante, e à segurança jurídica, do demandado, podem conviver harmônica e simultaneamente. Há situações de fato, determinadas, sobretudo pelo tempo despendido com o desenrolar do processo, em que a garantia plena do direito à segurança jurídica importaria comprometimento do direito à efetividade da jurisdição e vice-versa. Isso se verifica quando, por exemplo, a fruição do direito afirmado pelo autor se mostra de tal urgência que o simples aguardo da futura sentença significará seu irremediável comprometimento. Quando isso ocorre, ou seja, quando se apresentar situação de conflito entre direitos fundamentais, haverá necessidade de formular regra para obter, na prática, uma solução que assegure a sobrevivência de ambos. E não existirá solução possível, nesses casos, senão aquela que, de alguma forma ou em alguma medida, opere restrição a um, a outro, ou a ambos os direitos colidentes. Daí afirmar-se que os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos, e uma das razões que podem determinar sua relativização é justamente esta: a de

propiciar a convivência prática com os demais direitos fundamentais, de mesma estatura constitucional (1997, p. 168).

Humberto Theodoro Júnior considera que “o ideal é, sem dúvida, que todos os princípios constitucionais prevaleçam plenamente, sem restrição alguma. Mas, como tal não se revela possível dentro mesmo do complexo de normas da Carta Magna, resta lançar mão de princípios exegéticos como o da necessidade e da proporcionalidade” (1999, p. 557).

Alexandre de Moraes consagra o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, ao dizer que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna” (2000, p. 59).

Ruy Samuel Espíndola assim sugere:

Pela primeira confrontação, a das regras entre si, exclui-se do sistema jurídico a regra conflitante, em face da incompatibilidade entre essa e outra norma situada no mesmo plano de validade, pertencentes ao mesmo ordenamento. Ou seja, é na dimensão da validade que se resolve o problema entre as regras conflitantes. Essa decisão de afastar a regra incompatível dá-se por critérios afixados em cada ordem jurídica (*‘lex superior derogat inferiore’* - critério hierárquico, *‘lex specialis derogat generale’* - critério da especialidade, *‘lex posterior derogat priori’* - critério cronológico). [...] Pelo segundo contraste, a colisão entre princípios - antinomias jurídicas impróprias - não conduz à exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes. Há incompatibilidade, porém não exclusão. Nesses casos, segundo Dworkin, o aplicador do Direito opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação (1999, p. 69).

Entende-se que, quando houver conflito entre dois ou mais princípios, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do

verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

De acordo com Carlos Maximiliano, é preciso definir, de modo preciso, “o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata” (2001, p. 247).

Segundo José Frederico Marques,

Descansa a doutrina do processo, como já se expôs, naquela trilogia estrutural de que fala Podetti: a ação, a jurisdição e o processo. Ora, qualquer desses três monômios da processualística moderna tem seu assento na Constituição, notadamente, hoje, com a tendência crescente de se constitucionalizarem as garantias processuais. O direito de agir, ou ação, como direito à prestação jurisdicional do Estado, é um direito público subjetivo de caráter cívico, enquanto que a jurisdição é a atividade estatal destinada a fazer efetiva a ordem jurídica através dos órgãos judiciais instituídos na Constituição. E o processo, como garantia de imparcial solução de conflitos, com a plenitude do direito de defesa, o contraditório amplo e o pronunciamento imutável da ‘res judicata’, não pode deixar de amoldar-se aos cânones democráticos do Estado de Direito. Dizia, por isso, Pimenta Bueno, que no processo se condensa importantíssima parte de nossas leis, que são as que garantem, em última análise, as liberdades civis dos brasileiros (2000, p. 78).

Assim, aparentemente, se chocam os princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica, uma vez que, na prática, o alcance do primeiro tem acarretado o afastamento do segundo e vice-versa.

Acerca da aparente contradição, preleciona Luiz Guilherme Marinoni,

A efetividade da tutela do direito, é certo, muitas vezes obriga à postecipação da defesa. Convém frisar, entretanto, que a concessão da liminar pode representar para o réu exatamente o que a sua não-concessão pode significar para o autor. É que o ‘tempo processual’ pode ser sinal de afronta ao princípio do devido processo legal não só no caso em

que o autor espera o desfecho do processo sem liminar, mas também quando o réu aguarda longamente a solução do conflito com o peso da liminar sobre os ombros (1994).

É de se notar, embasado na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 132-150), que o autor já inicia o processo em posição desprivilegiada em face do réu, uma vez que o tempo do processo certamente milita em favor do demandado, motivo pelo qual surge o instituto da antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, para dar equilíbrio e, por que não, isonomia ao jurisdicionado que busca o reconhecimento de seu direito junto ao Poder Judiciário.

II – A tutela antecipada como instrumento de efetivação do processo

A tutela antecipada foi idealizada pelo legislador justamente com o propósito de conferir efetividade ao processo, observando que os já estudados pressupostos para sua concessão: prova inequívoca e verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, visam dar equilíbrio à relação processual, uma vez que a “quebra” do contraditório, ao menos inicialmente, deverá se justificar na necessidade comprovada da medida.

Para Humberto Theodoro Júnior,

o juiz deve cuidar para que esta inversão não se torne regra geral, pois, dentro da garantia fundamental do devido processo legal e do contraditório, a garantia normal é a de que a agressão patrimonial do estado sobre a esfera jurídica da parte vencida somente ocorra depois de percorrida a trajetória do procedimento, com ampla discussão e defesa, e, por conseguinte, após a formação da coisa julgada (2000, p. 558).

José Cretella Neto também prega cautela ante o instituto da antecipação de tutela, prelecionando “que as exceções à audiência unilateral deveriam ser cada vez mais restritas, sob pena de se cometer injustiça de difícil reparação. Nada ganha a sociedade, nada ganha a Justiça, quando dedica um dia, uma hora que seja, a mais, ouvindo o outro lado, para permitir ao magistrado inteirar-se dos verdadeiros fatos e circunstâncias” (2002, p. 78).

Como lembra J. J. Calmon de Passos acerca da antecipação de tutela, dois valores constitucionais conflitam, o da efetividade da tutela e o do contraditório e da ampla defesa. Ao tratar especificamente a antecipação de tutela em contraposição às garantias constitucionais oriundas do devido processo legal assim disse: “Caso a ampla defesa ou até mesmo a citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro” (1999, p. 30-5).

Com efeito, o deferimento liminar da antecipação da tutela, sobretudo quando feito *inaudita altera pars*, parece criar um conflito entre a efetividade da qual deve revestir-se o provimento pleiteado pela parte, e a segurança jurídica, expressão que pode ser traduzida, nesse contexto, pelas garantias do contraditório e da ampla defesa. A ampla defesa é corolário não só do devido processo legal, mas, assim como este, e até por isso, da isonomia processual substancial, podendo ser exercida em momento posterior, uma vez que a lei confere instrumentos processuais aptos a assegurá-la.

Asseguram Antônio de Araújo Cintra, Ada Peregrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 84) que a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentalização técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório.

Não obstante, os citados autores afirmam ser corolário dos direitos de ação e defesa, consagrados no plano constitucional pela garantia de acesso à justiça, o direito ao processo justo, com as garantias do *due process of law* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 84).

Note-se que esses valores representam princípios constitucionais, exsurgindo de seu aparente conflito antinomias jurídicas impróprias, cuja solução, ao contrário do que sucede quando se contrapõem regras – antinomias jurídicas próprias, não impõe a exclusão de qualquer deles do sistema.

Importante relevar que o aparente conflito do instituto da antecipação da tutela inerente ao princípio da efetividade do processo, quando posto diante dos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório inerentes ao princípio da segurança jurídica, deve ser solucionado pelo juiz, caso a caso, utilizando critérios seguros para decidir, atendendo aos pressupostos do instituto, sendo imperioso que fundamente sua decisão a teor do que dispõe o § 1º do art. 273 do Código de Processo Civil, assim bem como o art. 93, IX da Constituição Federal de 1988.

III – Considerações finais

A guisa de conclusão e sem pretensão de exaurimento do tema, podem ser feitas as considerações a seguir.

A antinomia existente entre os postulados da segurança jurídica e a efetividade do processo é apenas aparente, devendo ser harmonizada pelo operador jurídico, em especial o exegeta do Direito Constitucional. Os princípios jurídicos, justamente por apresentarem maior carga normativa, devem, diante do caso concreto e de aparente colisão, ceder espaço para a realização de outros princípios que se apresentem como mais adequados à solução da *quaestio*.

Quando houver conflito entre dois ou mais princípios, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

A antecipação de tutela é instituto processual de novel finalidade, qual seja, a de conferir absoluta celeridade e, ainda mais importante, efetividade ao processo civil, que, como instrumento a cargo do direito material, deve carrear prestação jurisdicional efetiva, pronta, eficaz na harmonização dos conflitos sociais que eventualmente vierem a se apresentar diante do Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

BARROS, Evandro da Silva. Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 12, n. 47, abr./jun. 2004.

CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo Barros de. Tributo e Segurança Jurídica. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 61, jul. 1994.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.

THEODORO JR., Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista AJUFE**, n. 54, mar./abr. 1997.