

INCONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES GENÉRICAS À CONCESSÃO DE TUTELAS SUMÁRIAS

Orlando Luiz Zanon Junior¹

Resumo: A proposta central deste estudo é sustentar a inconstitucionalidade das disposições infraconstitucionais que estabelecem restrições genéricas à concessão de tutelas sumárias, por ofenderem a garantia da proteção judicial efetiva, mormente quanto à salvaguarda da duração razoável do processo. Isso porque, primeiro, excluem da apreciação judicial a tutela de ameaça de direito, na medida em que impedem o emprego das técnicas de amparo célere, as quais visam exatamente a preservação ou a utilidade do direito postulado (em casos de urgência) e a inibição do abuso do direito de defesa em sentido amplo (nas hipóteses de evidência), e, segundo, quebram a simetria entre as partes no diálogo processual, ao criar favorecimento irreversível em favor do integrante do polo passivo, impassível de readequação pelo magistrado diante das peculiaridades do caso.

Palavras-chave: Garantia da Proteção Judicial Efetiva. Razoável Duração do Processo. Tutelas Sumárias.

1 INTRODUÇÃO

A proposta central deste estudo é investigar a inconstitucionalidade, ou não, das restrições infraconstitucionais gené-

¹ Doutorando em Direito pela UNIVALI. Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado em Preparação à Magistratura Federal pela UNIVALI. Pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela UFSC. Juiz de Direito. E-mail: orlandozanon@tjsc.jus.br.

ricas às tutelas sumárias, de urgência e/ou de evidência, considerando a garantia fundamental da razoável duração do processo, a qual integra a cláusula constitucional ampla da proteção judicial efetiva.

Para viabilizar tal análise, na primeira seção do texto serão expostos os conceitos de proteção judicial efetiva, de razoável duração do processo e de tutelas sumárias de urgência e de evidência, com base no conteúdo já exposto em artigos anteriores sobre tais temas.

Na segunda em última seção, as referidas categorias serão trabalhadas com a finalidade de responder ao questionamento proposto, observada a doutrina do direito processual e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, será exposta a conclusão sobre a temática e a síntese dos fundamentos de sustentação.

2 A PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA E AS TUTELAS SUMÁRIAS

O processo judicial, sob o viés da racionalidade prática procedimental, assume relevância como âmbito de discussão para construção da solução (resposta) mais adequada em cada caso concreto, tendo como parâmetros vinculantes o ordenamento jurídico (*code based legal system*) ou os precedentes jurisdicionais (*common law*).

Entretanto, não basta qualquer processo para o estabelecimento da democracia procedimental, sendo imprescindível também que estejam previamente fixadas as medidas que permitam a dialética de argumentos e a simetria entre as partes (paridade de armas). Notadamente, no plano teórico, pode-se apontar que “um discurso prático é racional, na medida em que, nele, são cumpridas as condições do argumentar prático racional”, dentre as quais “a liberdade de contradição, a universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados empregados, a clareza conceitual-idiomática, a verdade empí-

rica, a consideração das consequências e o ponderar”². Tais condições discursivas, quando estruturadas junto ao processo judicial, configuram uma rede de segurança para o desenvolvido escoreito do diálogo, como garantia ampla à efetiva tutela jurisdicional.

Convencionou-se chamar esta garantia ampla de proteção judicial efetiva (*Justizgrundrechte*), cujo conceito já foi exposto em trabalho anterior, como sendo o conjunto de mecanismos estabelecidos, sob a forma de padrões de julgamento, com o objetivo de proteger as partes e lhes assegurar ampla e simétrica participação no âmbito do processo judicial, de sorte a franquear o escoreito desenvolvimento do diálogo processual, conferir legitimidade material à construção da solução correta para questão controvertida e, conseqüentemente, assegurar a eficácia dos direitos individuais e coletivos³.

Dentre as garantias integrantes da cláusula da proteção judicial efetiva, a mais recentemente erigida ao rol constitucional é aquela segundo a qual “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. 5º, LXXVIII, da CRFB). Muita embora a celeridade consubstancie fator inerente à proteção judicial efetiva, a histórica morosidade na concessão da tutela jurisdicional movimentou a representação política no sentido de inserir o preceito antes transcrito no bojo da Lei Fundamental.

Sem embargo, a prolongação exacerbada da espera pela resolução das controvérsias implica gastos adicionais para as partes, derrui a eficácia da ordem jurídica, prejudica a credibilidade das instituições democráticas, eleva as despesas estatais e, certamente, amplifica a angústia decorrente da indefinição quanto ao resultado da causa. Embora a instalação de uma arena

2 ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

3 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Tutelas Sumárias: Sistematização das tutelas de urgência e de evidência sob a ótica da garantia fundamental da proteção judicial efetiva. **Revista Científica da Academia Judicial**, São Paulo, Conceito Editorial, n. 0, p. 297-319, 2010. p. 303-304.

democrática para equacionamento de disputas represente uma garantia democrática inafastável, é ingenuidade imaginar que a espera pela decisão final, com a observância de todas salvaguardas e o cumprimento de todas as etapas inerentes à prestação da tutela jurisdicional, simplesmente não causa prejuízo algum.

Extrapolando os limites deste trabalho esmiuçar os critérios de duração razoável dos processos judiciais, pois tal análise dependeria de aprofundamento teórico no tocante ao conceito filosófico de tempo e no concernente às diversas modalidades de causas submetidas à jurisdição, ensejando empreendimento investigatório por outras vias de abordagem, em um relatório específico e amplo sobre o tema. Mesmo assim, para os fins deste estudo, importa consignar que, uma vez ultrapassada a zona temporal cinzenta entre o rápido e o demorado, configura-se uma perda para os litigantes e, mais do que isto, também para sociedade, em razão do déficit de eficácia da ordem jurídica e de legitimidade das instituições democráticas.

Assim, é suficiente para a presente proposta reiterar o conceito de garantia da razoável duração do processo já expresso em trabalho anterior sobre o tema, no sentido de que se trata de salvaguarda quanto à observância de lapso temporal suficiente para adequada e tempestiva resolução da controvérsia, sem prejuízo do próprio direito objeto do litígio e evitando a perda superveniente da utilidade do provimento final para os envolvidos, observadas as demais garantias inerentes à proteção judicial efetiva e considerando as peculiaridades específicas de cada relação jurídico-processual⁴.

Fixadas brevemente as categorias de proteção judicial efetiva e de razoável duração do processo, nos termos acima alinhavados, cabe trazer a lume os instrumentos processuais que lhe são decorrentes, mais especificamente as tutelas sumárias de urgência e de evidência.

4 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Razoável duração do processo. A celeridade como fator de qualidade na prestação da tutela jurisdicional. *In Jus Navigandi*, n. 2086. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2010.

As referidas tutelas objetivam redistribuir, parcial ou integralmente, o ônus decorrente da espera pelo processo entre os litigantes e, desta forma, irrefutavelmente se encontram relacionadas com a garantia fundamental da razoável duração do processo.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo”⁵. Na mesma linha, José Roberto dos Santos Bedaque entende que as tutelas diferenciadas que visam equacionar o tempo de espera pelo processo estão intimamente relacionadas com as garantias processuais expressas em patamar constitucional, ao afirmar que, “se o direito exige tutela urgente e satisfativa, não pode o sistema processual deixar de prestá-la, pena de violação à garantia constitucional da ação”⁶. Também Hermes Zaneti Junior sustenta que “a busca da efetividade é um valor hoje impregnado no sistema processual, que advém, em grande parte, da necessidade de realização dos direitos fundamentais, inclusive o próprio direito a um processo em tempo hábil (duração razoável)”⁷. Consequentemente, é nítida a relação das tutelas sumárias com a garantia da razoável duração do processo.

Em breve síntese, as tutelas sumárias são aquelas que concedem, ainda que de forma parcial ou indireta, efeitos pretendidos pela parte independentemente do trânsito em julgado do processo. Esmiuçando tal afirmação, pode-se concluir que as duas principais características das tutelas sumárias consistem em, primeiro, dizerem respeito à amplitude cognitiva da demanda, não mera questão processual acessória ao direito tutelado, resolvendo aspecto interligado com os pleitos mediato e imediato formulados pelas partes, ainda que apenas visando resguardar

5 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 343.

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

7 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 180.

o resultado final almejado, e, segundo, serem proferidas com a finalidade de antecipar efeitos que dependeriam do término do processo, ou seja, em etapa prévia à equalização definitiva da controvérsia⁸.

Não se pode olvidar que a expressão tutela sumária refere, em verdade, uma técnica para concessão de determinada tutela jurisdicional de forma sumária. Ou seja, não existe uma sexta modalidade de tutela diferente daquelas cinco cuja existência já se encontra pacificadas na doutrina processual, consistentes em declaratória, condenatória, constitutiva (ou desconstitutiva), executiva (em sentido amplo) e mandamental. A denominação “tutela sumária” representa, em verdade, uma abreviação conveniente da designação mais ampla “tutela concedida mediante técnica sumária”. A doutrina esclarece a questão ao estabelecer uma distinção entre tutelas, que representam o objetivo do jurisdicionado manifestado perante o Poder Judiciário, e técnicas, que são os meios empregados para concessão de determinada tutela⁹. Logo, quando se faz referência à designação “tutela sumária”, não se está desconsiderando tal diferenciação, mas apenas resumindo àquela expressão a indicação da técnica empregada para concessão dos efeitos de uma das cinco tutelas jurisdicionais antes do trânsito em julgado.

O gênero tutelas sumárias, com as características já acima delineadas, é composto por duas espécies, consistentes nas tutelas de urgência e nas de evidência, de acordo com o fundamento forte para sua concessão.

Sem embargo, há um primeiro requisito necessário para a concessão de qualquer tutela, mesmo as sumárias, consistente na plausibilidade da argumentação, lastrada em prova suficiente. Tal pressuposto não serve para diferenciar uma tutela

8 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Tutelas Sumárias: Sistematização das tutelas de urgência e de evidência sob a ótica da garantia fundamental da proteção judicial efetiva. **Revista Científica da Academia Judicial**, São Paulo, Conceito Editorial, n. 0, p. 297-319, 2010. p. 311.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 33-74.

de outra, haja vista que inerente para fundamentação de qualquer provimento jurisdicional. O segundo elemento, por sua vez, consiste no argumento jurídico apto para justificar a alteração na distribuição do ônus pela espera do processo. Tal argumento jurídico pode repousar em dois pilares, consistentes em, primeiro, risco de perecimento ou perda substancial do direito em razão da demora (*periculum in mora*), ou, segundo, evidência da argumentação de uma das partes perante a defesa apresentada pelo adversário, o que se convencionou chamar de abuso do direito de defesa (*abusus*).

Logo, para concessão de provimento judicial antes do trânsito em julgado (tutela de urgência ou de evidência) é necessária a convergência dos requisitos da plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e da viabilidade de redistribuição do ônus pela demora processual, este último em razão do perigo da demora (*periculum in mora*), em sede de tutela de urgência, ou do abuso do direito de defesa (*abusus*), no caso de tutela de evidência.

Em breve síntese do exposto, conclui-se que as tutelas sumárias encontram fundamento constitucional na garantia fundamental à razoável duração do processo, a qual integra a cláusula da proteção judicial efetiva. Registra-se ainda que as tutelas sumárias podem ser classificadas de acordo com o fundamento que enseja sua concessão em tutelas de urgência, baseadas na convergência entre a plausibilidade da argumentação e o risco de perecimento do direito, ou, em tutelas de evidência, calcadas na verossimilhança das alegações somada à preponderância dos argumentos formulados pela parte postulante em face das teses defensivas apresentadas pelo outro contendente.

3 A VEDAÇÃO GENÉRICA À CONCESSÃO DE TUTELAS SUMÁRIAS

O substrato deduzido na seção anterior deste texto serve de base para resolução da questão referente à possibilidade, ou não, da legislação infraconstitucional estabelecer restrições gené-

ricas à concessão de tutelas sumárias de urgência e de evidência, sob a ótica da garantia fundamental à proteção judicial efetiva.

Neste particular, importa reconhecer que o legislador infraconstitucional pode disciplinar a concessão de tutelas de urgência e de evidência, estabelecendo parâmetros de concordância prática entre as diversas garantias fundamentais (prerrogativas processuais constitucionais), de modo a equilibrar equitativamente os instrumentos à disposição das partes no diálogo processual. Como qualquer modalidade de disciplina de direito fundamental, a fixação dos critérios de simetria para o embate processual inevitavelmente enseja algum grau de restrição, justamente para acomodar os diversos interesses em jogo. Não pendem dúvidas acerca da viabilidade do legislador estabelecer as regras processuais, disciplinando a garantia constitucional da proteção judicial efetiva e o acesso à jurisdição, haja vista ser esta uma das tarefas basilares dos congressistas.

Sem embargo, cabe ao parlamentar infraconstitucional estabelecer tutelas diferenciadas para acomodar as diversas modalidades de causas passíveis de apreciação judicial e, logicamente, fixar os requisitos para as tutelas sumárias, de urgência e de evidência, os quais representam parâmetros para que o magistrado proceda à análise quanto à concessão dos efeitos das tutelas pretendidas pelas partes (declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva) antes do trânsito em julgado da decisão. Ao conformar tais pressupostos, o parlamentar está estabelecendo restrições à garantia constitucional da proteção efetiva, no intuito de equilibrar os polos processuais, promovendo a concordância prática entre o direito postulado (supostamente titularizado pelo autor) e as prerrogativas de defesa do litigante adverso.

Conforme já esclarecido, o deferimento de tutelas sumárias depende, em breve síntese, da conjugação de duas ordens de requisitos, consistentes na plausibilidade ou verossimilhança dos argumentos deduzidos pela parte, com lastro em prova suficiente, e na existência de justificação para modificação do

ônus decorrente da espera pelo fim do processo, por razões de urgência (quando há risco do perecimento do direito) ou de evidência (na hipótese da argumentação deduzida por uma das partes preponderar, de antemão, sobre o direito de defesa da outra). Os referidos pressupostos recebem modificações de acordo com o objeto do litígio e a natureza da causa, a exemplo das ações possessórias, das demandas monitórias, das desapropriações, das buscas e apreensões, dentre outras. É razoável que o legislador estabeleça requisitos imprescindíveis à concessão de tutelas sumárias, para fins de possibilitar a célere tutela dos direitos de um litigante (o autor, por exemplo) sem invasão desequilibrada às prerrogativas processuais fundamentais do outro (o réu, *verbi gratia*), estabelecendo paridade de armas entre os contendentes.

Todavia, fixar requisitos amplos e gerais para concessão de tutela de determinados direitos difere substancialmente da criação de restrições genéricas ao poder jurisdicional de concessão de tutelas sumárias, independentemente das peculiaridades específicas que se apresentarem, haja vista que tais procrições afetam diretamente a garantia fundamental da proteção judicial efetiva, justamente porque impedem o Poder Judiciário de tutelar lesão ou ameaça a direito, em nítida contradição ao art. 5º, XXXV, da CRFB.

Assim, de um lado, reconhece-se que o congressista tem a função de legislar sobre direito processual, dispondo sobre todos os aspectos atinentes à prestação da tutela judicial, ainda que isto implique estabelecer restrições às garantias fundamentais de uma parte, justamente para promover harmonização com as prerrogativas da outra, mediante sopesamento dos interesses envolvidos.

Porém, de outra margem, é preciso admitir que a atividade legiferante infraconstitucional deve ser compatível verticalmente com a Constituição da República, de modo a impedir que, a pretexto de fixar as regras processuais mediante ponderação de garantias constitucionais, esteja em verdade excluindo

determinadas situações de lesão ou ameaça de direito da apreciação jurisdicional. Neste último caso, ao invés de concórdância prática, verifica-se a simples extirpação da possibilidade de tutela de certos direitos (mais especificamente, aqueles que demandam proteção sumária para evitar perecimento).

Corroborando o exposto, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que “a legislação infraconstitucional, portanto, ainda que possa delimitar o direito de ação, estabelecendo condições para o seu exercício, bem como disciplinar os procedimentos, não pode, sob pena de lesão ao princípio constitucional, impedir o direito de ação, negar o direito de postulação de uma tutela urgente, ou ainda, porque resultaria no mesmo, estabelecer procedimento, cognição, provimento e meios executivos inadequados a uma determinada situação conflitiva concreta”¹⁰.

José Roberto dos Santos Bedaque, no mesmo sentido, entende que “a imprescindibilidade dessa função provisória está ligada à garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional”, razão pela qual “não pode ser suprimida do sistema, sob pena de possibilitar que o *periculum in mora* acabe gerando prejuízo irreparável ao direito pleiteado, inutilizando a proteção esperada da tutela estatal”¹¹.

Também Marcos Destefenni argumenta que a restrição genérica à concessão das tutelas sumárias, a exemplo da supressão de uma medida cautelar, deixa “o indivíduo sem um ‘remédio’ para uma situação de urgência, causando-lhe indevida lesão e negando-se vigência ao dispositivo constitucional que determina que nenhuma lei pode impedir que o Judiciário aprecie uma situação de ameaça a direito”¹².

Da mesma forma, João Batista Lopes conclui que ao legislador infraconstitucional é “assegurada a competência

10 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 168.

11 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181.

12 DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 274.

para disciplinar a matéria, indicando os requisitos necessários para a obtenção da tutela de urgência”, porém, ele “não pode proibir genericamente a tutela de urgência, nem embarçar-lhe o exercício”¹³.

Nessa linha de raciocínio, muito embora criar requisitos também implique estabelecimento de restrições, estes estão autorizados porque calcados no escopo de harmonizar interesses conflitantes, sopesando-os para fins de concordância prática. Diferentemente, a imposição de proibições genéricas e peremptórias acarreta uma imediata ruptura na possibilidade de tutela de determinados direitos, tendo com o resultado o desequilíbrio da dialética processual, na medida em que veda a uma das partes a possibilidade de receber a efetiva tutela judicial, ao mesmo tempo em que cria uma proteção irrestrita aos direitos da parte adversa. Nesta perspectiva, “é inconstitucional a lei ou o comportamento processual cujo efeito prático seja criar uma situação que, mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao tribunal), cria tal desequilíbrio jurídico entre as partes”¹⁴.

Ao editar dispositivo processual estabelecendo uma vedação genérica à concessão de uma tutela sumária, de urgência ou de evidência, dentro de determinadas hipóteses, o legislador está retirando do Poder Judiciário a possibilidade de dar cumprimento à missão que lhe é expressamente consagrada pela Constituição da República, justamente a de resguardar direitos, mormente os de cunho fundamental. Notadamente, “como o direito fundamental à tutela efetiva incide sobre o próprio juiz, seria completamente irracional dele retirar a possibilidade de dar utilidade à tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição”¹⁵.

13 LOPES, João Batista. Fundamento constitucional da tutela de urgência. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, V. 8, Oliveira Rocha, p. 67-71, 2003. p. 71.

14 LEAL, Rogério Gesta. **Condições de possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 168.

15 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 66.

Neste particular, importa consignar (embora óbvia) a impossibilidade, mesmo para o mais sábio dos legisladores, de antever todas as possibilidades de aplicação do ordenamento jurídico e, assim, antecipar todos os desfechos possíveis para as causas concretas. Logo, o estabelecimento de uma vedação genérica às tutelas sumárias acaba por, inevitavelmente, deixar à revelia de proteção jurisdicional eventual prerrogativa jurídica, a despeito de sua natureza ou importância, especialmente considerando as múltiplas controvérsias levadas à jurisdição. Daí que “a restrição do uso da liminar, portanto, significa lesão evidente ao princípio da inafastabilidade”, pois implica o “absurdo” de se transplantar para o domínio da norma “de forma absoluta, a inexistência da necessidade de tutela urgente para determinados casos”, subtraindo da jurisdição “a própria aferição da existência do *periculum in mora*”¹⁶.

Aliás, a moderna doutrina processual apregoa a superação do postulado da tipicidade das formas, com a finalidade de conceder amplos poderes à jurisdição quanto à escolha do meio mais adequado para concessão de tutelas específicas (*specific performance*)¹⁷. Sobre o tema, há o entendimento de que “não é possível aceitar a ideia de que o juiz somente pode admitir o uso dos meios executivos previamente estabelecidos em lei”¹⁸. Consequentemente, parece intuitivamente contraditório admitir que o magistrado possa empregar o meio mais eficaz para a tutela do direito *sub judice*, desde que respeitando o equilíbrio com as prerrogativas da parte adversa, e, ao mesmo tempo, esteja proibido terminantemente de proteger certos direitos em determinadas hipóteses.

Portanto, diante de tais fundamentos, forçosa a conclusão que as vedações genéricas à concessão de tutelas sumárias são

16 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 171.

17 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 301-317.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 309.

inconstitucionais, porquanto subtraem à apreciação judicial certos prejuízos ou ameaças de lesão, em flagrante ofensa à garantia da proteção judicial efetiva, além de instituírem um desequilíbrio (disparidade de armas) entre os litigantes, calcando-se apenas na sua posição em um dos polos processuais (o passivo), independentemente das peculiaridades concretas do caso e da presença dos requisitos que autorizam a modificação do ônus pela demora do processo.

Não se desconhece a posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “a simples proibição de concessão de cautelar em determinadas situações ou matérias não se revela afrontosa ao princípio da proteção judicial efetiva”, sob o fundamento de que “muitas vezes, tais proibições apenas explicitam regras do senso comum quanto aos riscos reversos”¹⁹. Para fins de uma breve abordagem do posicionamento da Suprema Corte, importa destacar que tem optado por analisar casuisticamente o conteúdo das restrições, de modo que, em algumas oportunidades, concluiu pela constitucionalidade (ADC 4 e ADI 975), enquanto noutras, manifestou-se pela incompatibilidade vertical (ADI 1.576), de acordo com a natureza da restrição em exame. Tal posicionamento encontra justificativa na posição delineada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 223, segundo a qual, diante de uma restrição infraconstitucional à concessão de tutelas sumárias, cabe ao magistrado efetuar o exame de constitucionalidade casuisticamente, de forma difusa, ora aplicando a restrição e negando a liminar ou, em outras hipóteses, reconhecendo a inconstitucionalidade e concedendo o provimento de urgência. Com efeito, no julgado em apreço, o Pretório Excelso “optou por não suspender as normas, tendo em vista que não seriam inconstitucionais”, porém, admitiu que “a jurisdição ordinária poderia, nos casos concretos, afastar a aplicação das

19 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 557.

normas se, na sua aplicação, elas se revelassem incompatíveis com o princípio da proteção judicial efetiva”²⁰.

A postura adotada pela Suprema Corte causa perplexidade, por duas razões. Primeiro, porque implica admitir que o juiz pode reconhecer, em sede difusa, a inconstitucionalidade de preceito considerado constitucional pela Corte Máxima na via concentrada e abstrata de compatibilidade vertical. Logicamente que tal entendimento é incompatível com o sistema concentrado estabelecido pela Constituição da República, em face dos efeitos irradiantes e vinculantes das deliberações proferidas nas ações diretas. E, segundo, porquanto franquear ao magistrado a possibilidade de reconhecer ou não a validade da restrição à concessão da tutela sumária, de acordo com as peculiaridades do caso, significa, por vias oblíquas, admitir que a regra restritiva é válida para alguns casos e não para outros, em flagrante ofensa ao direito fundamental de igualdade (isonomia). Com efeito, a fiscalização de constitucionalidade, ainda que em sede de controle difuso, não tem o condão de admitir que o magistrado decida que determinada lei é inconstitucional para alguns e constitucional para outros.

Por isso, a posição defendida no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, acima explicitada, não encontra supedâneo no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Ao entender pela viabilidade do legislador ordinário estabelecer restrições genéricas à concessão de tutelas sumárias, a depender dos preceitos normativos em análise, a Suprema Corte deve definir categoricamente se a legislação restritiva é constitucional ou não e, com base em tal definição, proceder aos julgamentos posteriores de acordo com tal posicionamento, em observância ao dever basilar de coerência, imprescindível à preservação da integridade do direito e da segurança jurídica. Notadamente, uma vez efetuada a ponderação dos interesses, o dever de

20 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 559.

coerência estabelece que todos os casos posteriores sejam decididos igualmente.

Sob esta ótica, o Supremo Tribunal Federal corre um sério risco ao admitir a possibilidade de restrição genérica à concessão de tutela sumária, porquanto fixa para o futuro um padrão de julgamento vinculante que extirpa a possibilidade de tutela jurisdicional e, assim, subtrai à ação jurisdicional certas lesões ou ameaças de direito. Acaso futuramente certas peculiaridades concretas, que a Suprema Corte não pôde antever, forcem a reversão da posição anterior, será necessário arcar com o ônus de uma ruptura na linha de integridade do direito, para superar a jurisprudência anterior (*overrule*), de modo a viabilizar a tutela judicial antes tida como validamente restringida por legislação infraconstitucional.

Da linha argumentativa acima alinhavada, conclui-se que a admissão da possibilidade do legislador estabelecer vedações genéricas à concessão de tutelas de urgência, nos moldes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, implica o encargo de coerência (precedência condicionada) quanto à extirpação da proteção judicial para certas lesões ou ameaças de direito. Por isto, também visando afastar tal arriscado ônus (em adição aos argumentos já antes expostos), ousa-se discordar do entendimento adotado pela última instância brasileira, para reiterar a ilação de que são inconstitucionais as vedações genéricas à concessão de tutelas sumárias de urgência e de evidência, de modo a evitar o sério risco de deixar lesão ou ameaça de direito descoberta de proteção jurisdicional.

Tome-se por exemplo o art. 7º, §§ 2º e 5º, da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança - LMS), que veda genericamente a concessão de liminares envolvendo pagamentos de qualquer natureza, em processos envolvendo a Fazenda Pública ou mesmo particulares. Enquanto o § 2º veda provimentos liminares “que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens

provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza” (grifou-se), o § 5º, por sua vez, estende tal proibição para as cláusulas genéricas de antecipação dos efeitos da tutela previstas nos arts. 273 e 461 do CPC, sem restringir sua aplicabilidade às demandas envolvendo a Fazenda Pública (ou seja, a restrição é geral).

A mencionada vedação genérica acarreta, dentre outras restrições, a impossibilidade de se antecipar os efeitos de provimento de urgência concedido em sentença que concluiu pela procedência de pedidos deduzidos em demanda de cunho previdenciário, independentemente do caráter alimentar e eventualmente urgente do benefício securitário, criando um desequilíbrio processual genérico em favor dos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Considerando os argumentos deduzidos ao longo deste item do estudo, forçoso concluir pela inconstitucionalidade do preceito legal mencionado, porquanto proíbe o magistrado de conceder a tutela sumária com efeito pecuniário, a despeito da presença dos requisitos de plausibilidade do direito e da necessidade de inversão do ônus pela espera do processo, em razão de urgência ou evidência. E o fundamento de tal restrição é tão somente evitar o desembolso de verbas pela parte contrária, a despeito das peculiaridades envolvidas na espécie. Trata-se de uma proteção ao patrimônio de um dos litigantes apenas porque integra o polo passivo da demanda, em detrimento das necessidades financeiras da parte ativa, sequer consideradas pelo legislador (mesmo porque não poderia antevê-las). Logo, “tendo em vista que a tutela de urgência tem natureza de garantia constitucional esse parágrafo [§ 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009] é claramente inconstitucional, o que deverá ser declarado pelos tribunais”²¹.

21 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. FAVRETO, Rogério. PALHARINI JÚNIOR, Sidney. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 2009. p. 90.

Do exposto, conclui-se ser inconstitucional a legislação infraconstitucional que estabelece restrições genéricas à concessão de tutelas sumárias de urgência e de evidência, haja vista que ofende a garantia da proteção judicial efetiva, mormente quanto à salvaguarda da duração razoável do processo, porque, primeiro, exclui da apreciação judicial a tutela de ameaça de direito, na medida em que impede o emprego das técnicas de amparo célere, as quais visam a preservação do direito postulado (em casos de urgência) e a inibição do abuso do direito de defesa em sentido amplo (nas hipóteses de evidência), e, segundo, quebra a simetria entre as partes no diálogo processual, ao criar favorecimento irreversível em favor do integrante do polo passivo, impassível de readequação pelo magistrado diante das peculiaridades do caso.

4 CONCLUSÃO

Para fins de cumprir as formalidades acadêmicas, efetua-se a reiteração da conclusão já alinhavada no curso do texto, no sentido de que são inconstitucionais as disposições infraconstitucionais que estabelecem restrições genéricas à concessão de tutelas sumárias de urgência e de evidência, por ofenderem a garantia da proteção judicial efetiva, mormente quanto à salvaguarda da duração razoável do processo.

Isso porque, primeiro, excluem da apreciação judicial a tutela de ameaça de direito, na medida em que impedem o emprego das técnicas de amparo célere, as quais visam exatamente a preservação ou a utilidade do direito postulado (em casos de urgência) e a inibição do abuso do direito de defesa em sentido amplo (nas hipóteses de evidência).

Em segundo, cabe asseverar que as restrições amplas e genéricas ao deferimento de tutelas sumárias quebram a simetria entre as partes no diálogo processual, ao criar favorecimento irreversível em favor do integrante do polo passivo, impassível

de readequação pelo magistrado diante das peculiaridades do caso.

Abstract: The central proposal of this study is that generic restrictions on the concessions of summary injunctions are unconstitutional, because they undermine the guarantee of effective judicial protection, particularly with respect to safeguarding the reasonable duration of proceedings. This is because, first, they exclude from judicial consideration the possibility of fast protection, which aim precisely to preserve the usefulness of the law (in emergencies) and to inhibit the abuse of the right of defense in a broad sense (in the event of evidence), and second, they break the symmetry between the parties in the dialogue, creating irreversible benefits in favour of the defendant, in a way the judge cannot readjust, independent of the peculiarities of case.

Keywords: Right to effective judicial protection. Reasonable process duration. Summary Injunctions.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. FAVRETO, Rogério. PALHARINI JÚNIOR, Sidney. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições de possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

LOPES, João Batista. Fundamento constitucional da tutela de urgência. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, V. 8, Oliveira Rocha, p. 67-71, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Org.). **A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 509-514.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PASOLD, César. **Metodologia da comunicação nos trabalhos científicos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

ZANETI, Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 50-54.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Razoável Duração do Processo: A celeridade como fator de qualidade na prestação da tutela jurisdicional. **Jus Navigandi**. nº 2.086. Disponível em <www.jus.com.br>. Acesso em 18.03.2009.

_____. Tutelas Sumárias: Sistematização das tutelas de urgência e de evidência sob a ótica da garantia fundamental da proteção judicial efetiva. **Revista Científica da Academia Judicial**, São Paulo, Conceito Editorial, n. 0, p. 297-319, 2010.