

PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

(ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)¹

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-Graduado, com título de especialista, em Direito dos Contratos e Direito Processual Civil. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em processo civil do COGEAE – PUC/SP. Professor convidado da Pós - Graduação em processo civil da PUC/RJ.

Sumário: 1. Uma premissa necessária: o modelo constitucional do processo civil – 2. Breve histórico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – 3. O conteúdo atual do princípio – 4. O princípio da inafastabilidade e a tutela jurisdicional – 5. Análise casuística: algumas hipóteses polêmicas; 5.1. Arbitragem; 5.2. Proibição de liminares contra o Poder Público; 5.3. A Súmula *vinculante*; 5.4. *A repercussão geral*; 5.5. *O parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil*; 5.6. Os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil – Referências Bibliográficas.

1. Uma premissa necessária: o modelo constitucional do processo civil

Cada país tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes que estão insculpidas nos princípios fundamentais do seu ordenamento constitucional. Percebe-se, contudo, nos dias atuais, um assunto recorrente em vários países ocidentais: a chamada constitucionalização do processo.

Embora o assunto em questão seja, por assim dizer, “tema da moda”, merecendo atenção detida de inúmeros processualistas, não se trata, propriamente, de um fenômeno recente.

¹ Capítulo do livro *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Coord. Maria Elisabeth de Castro Lopes e Olavo de Oliveira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 47/78.

Com efeito, colhe-se da doutrina de Joan Picó I Junoy a notícia de que a partir da primeira metade do século XX, em países da Europa que tiveram regimes totalitários, houve a preocupação em constitucionalizar, sob um sistema “reforçado” de reforma, garantias mínimas do processo para impedir violações por parte de legisladores futuros.² É fato, porém, que presentemente o tema voltou ser objeto de intenso estudo e tem ocupado muito espaço na doutrina nacional e estrangeira³.

Mas, afinal, o que é o modelo constitucional do processo? Pode-se dizer, de forma simplista (mas não menos correta) que se trata de uma leitura das normas do processo civil de acordo com direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Não é de hoje que, numa visão neoprocessualista, a lei perdeu o seu posto de supremacia e está subordinada à Constituição.

Nos dizeres de João Batista Lopes trata-se de um método de estudo que “tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não se pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica.”⁴

Não se pode deixar de dar ouvidos à prudente advertência do mesmo professor, João Batista Lopes, que, apoiado em Dworkin, Alexy, Canaris e Tércio Sampaio Ferraz, nos informa quanto aos riscos de supervalorização dos princípios constitucionais do processo, lembrando que os princípios, posto que sejam normas fundantes, não são absolutos, devendo ser avaliados à luz do princípio da proporcionalidade.⁵

Com base nessa “leitura” do ordenamento constitucional-processual, tem havido uma revisitação dos princípios e institutos do processo civil. Sem a pretensão de estender-se nesse tema – o que demandaria outro trabalho de igual ou

² Joan Picó I Junoy. *Las Garantias Constitucionales del Proceso*, JMBosch Editor, 1997, p. 17

³ No Brasil, v., dentre outros tantos, Maria Elizabeth de Castro Lopes e Eduardo de Melo de Mesquita; na Itália, Luigi Paolo Comoglio e Luigi Montesano; e, na Espanha, Joan Picó I Junoy.

⁴ João Batista Lopes, Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, *In: Revista de Processo* – 116, RT, p.30.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 31/32

maior vulto que o presente – pode ser dito, num breve resumo e a título de exemplo, que a ação, antes estudada como um direito subjetivo, foi alçada à condição de garantia constitucional, exprimindo a necessidade de um acesso efetivo à ordem jurídica justa e não simplesmente um acesso formal ao Poder Judiciário; o princípio do contraditório ganhou maior amplitude, compondo o trinômio “informação, reação e diálogo”; a tutela jurisdicional passou a ser vista como sinônimo de efetiva proteção e satisfação do direito, indo muito além de um simples instrumento estatal de solução de conflitos, etc.

Pelo que se expôs até o presente momento, é evidente o acerto e a propriedade de José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que “o correto entendimento do complexo de normas constitucionais, direcionadas para a garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo”⁶.

Resta patente, portanto, que a releitura imposta pelo fenômeno da constitucionalização do processo civil, tem enorme importância na abordagem que deve ser dada ao princípio objeto deste ensaio: o da inafastabilidade do controle jurisdicional.

2. Breve histórico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Nas fases primitivas da civilização, inexistia um Estado com soberania e autoridade para impor o direito acima da vontade dos particulares. Além da inexistência de um Estado forte, em tais fases não havia sequer as leis. Assim, quem pretendesse alguma coisa de outrem, tratava de obtê-la com sua própria força e na medida dela. A esse regime dá-se o nome de *autotutela*. Coexistindo com a autotutela, havia a autocomposição, pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do seu interesse ou de parte dele para chegar a uma composição.⁷

Pouco a pouco, as soluções parciais (por ato das próprias partes) foram cedendo espaço para um sistema de soluções imparciais dos conflitos. Buscava-

⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3. ed., S. Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

⁷ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 14ª ed., S. Paulo: 1998, Malheiros, p. 21.

se a solução por meio de decisões de terceiros. Nesse contexto, surgiram os árbitros, que normalmente eram *sacerdotes*, que supostamente agiam de acordo com a vontade dos deuses, ou *anciãos* que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. Curiosamente, surge o juiz antes do legislador!⁸

Mais tarde, noutra passo da evolução, na medida em que o Estado vai se afirmando e consegue impor-se aos particulares, gradativamente vai absorvendo o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. Nasce assim a *jurisdição* que se consolidou, com o tempo, como um monopólio estatal, garantindo aos juízes estatais – e somente a eles – a função de resolver e dirimir os conflitos, substituindo a vontade das partes.⁹

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou o direito de ação, como também é conhecido) foi assim se afirmando em todos os Estados modernos. No Brasil, somente foi reconhecido explicitamente na Constituição de 1946 (art. 141, §4º) com uma redação próxima da atual: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual¹⁰”.

Em que pese ter sido escrito, pela primeira vez, na Constituição brasileira de 1946, afirma Celso Ribeiro Bastos, apoiado pela lição de Pontes de Miranda, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição já poderia ser tido como presente na Constituição de 1891, porquanto implícito na sistemática constitucional então adotada.¹¹

Com efeito, a partir de 1891, o Brasil aderiu à teoria da tripartição de Poderes, inspirando-se na Constituição americana. Assim, no sistema constitucional brasileiro consolidado a partir de então se firmaram duas idéias que se completam, a

⁸ Idem, *ibidem*, p.22.

⁹ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela*. Texto extraído da internet no *site* Última Instância, acessado em 30/07/2007. Disponível em < http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=22108 >

¹⁰ O termo *individual*, hoje suprimido do dispositivo constitucional, gerava a equivocada impressão de que somente as pessoas, individualmente, poderiam socorrer-se da jurisdição estatal. A melhor interpretação, contudo, sempre valeu-se do conteúdo genérico dessa expressão, reconhecendo que o direito de ação é garantido a todos, indistintamente, compreendendo as pessoas físicas, as jurídicas e os entes despersonalizados. A esse respeito, v., por todos, Zaidem Geraige Neto, *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, S. Paulo: RT, 2006, p. 39/41.

¹¹ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., S. Paulo: Saraiva, 1992, p. 197.

saber: a primeira, de que toda lesão de direito, toda controvérsia, poderia ser levada ao Judiciário e este teria de conhecê-la; e a segunda, de que não haveria jurisdição fora do Poder Judiciário, não se podendo falar em jurisdição nem no Poder Legislativo, nem no Poder Legislativo¹².

De qualquer forma, a partir 1946 sempre houve tratamento expresso do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A Constituição de 1967 e, bem assim, a Emenda Constitucional 1/69¹³, repetiram *ipsis litteris* o texto da CF de 1946, que só veio a ser modificado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, *verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”.

Sem adentrar propriamente ao conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e, bem assim, ficando limitado a uma leitura formal do texto constitucional, é fácil observar, cotejando-se os preceitos, que com a Constituição de 1988 houve uma ampliação do princípio, incluindo-se, além da lesão, também a “ameaça a direito”, dando vazão a uma tutela eminentemente preventiva que, ao menos na literalidade, não se via albergada pelo texto.

Segundo consenso da doutrina, o texto constitucional ao aludir à “ameaça de direito” consagrou o direito à tutela jurisdicional também para as situações de urgência, seja a cautelar, seja a antecipatória.

Finalizando, pode-se dizer que vigora entre nós, implicitamente desde a Constituição de 1891 e explicitamente a partir da Constituição de 1946, com contornos muito próximos aos atuais (CF de 1988), o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em que pese ter havido momentos históricos em que, lamentavelmente, o acesso à justiça, embora insculpido na ordem constitucional, foi limitado ou mesmo impedido por um Estado totalitário¹⁴.

¹² Idem, *Ibidem*, p.198.

¹³ Arts. 150, §4º e 153,§4º, respectivamente.

¹⁴ A esse respeito, v. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8ª ed., S. Paulo: RT, 2004, p.131/132.

Ao que parece – e assim esperamos – tais odiosas vulnerações ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional motivadas por intenções de cunho político e/ou motivadas por preconceito, não devem se repetir. A Constituição de 1988, bastante influenciada pelo fenômeno da *constitucionalização do processo* – já tratado no tópico anterior – que, dentre outras características, trouxe a preocupação de assegurar no corpo da própria Constituição as garantias mínimas do processo e, mais do que isso, o cuidado de estabelecer um sistema reforçado para que se possa reformá-las, deverá impedir, senão dificultar, tais violações por parte de legisladores e/ou governantes futuros.

Alie-se a isso a atual leitura – bastante abrangente, por assim dizer – que se faz desse princípio, o que será objeto de nossa análise a seguir.

3. O conteúdo atual do princípio da inafastabilidade

Todos têm direito à tutela jurisdicional! Dessa afirmativa, aparentemente simples, é que deve partir o estudo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e, bem assim, do relacionamento entre processo e Constituição.

Por meio do princípio da inafastabilidade, a Constituição Federal estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída da sua apreciação e solução. Assim, a Carta Magna, ao dispor no art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante, de forma ampla e genérica, o acesso à Justiça, isto é, não só o direito de movimentar a máquina judiciária por meio do processo (noutras palavras, a prestação jurisdicional), mas também o de obter a tutela jurisdicional.

O que se quer dizer é que, numa leitura atual, o mandamento disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal não só garante acesso a uma prestação jurisdicional, como também e, principalmente, a uma tutela jurisdicional.

Nesse passo, é imprescindível estabelecer a distinção entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional. A primeira implica essencialmente a efetiva

proteção e satisfação do direito, enquanto a segunda consiste mais propriamente no serviço judiciário que se instrumentaliza por meio do processo para a solução da lide.

É o que se extrai da lição de Humberto Theodoro Junior: “urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional”¹⁵.

Bem se vê, portanto, que a Constituição Federal garante muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, mas um acesso efetivo à ordem jurídica justa, que se substancia, em última análise, na possibilidade de obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, apta a tutelar eficaz, pronta e integralmente todos os direitos e interesses reconhecidos no plano material.

Destarte, não basta afirmar que é garantido a todos o direito de acesso ao Judiciário, sem que seja dado o real contorno e o conteúdo a essa afirmação. A garantia de acesso à justiça deve representar, como bem esclarece José Roberto dos Santos Bedaque, “o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem

¹⁵ Humberto Theodoro Junior, *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 2.

como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.”¹⁶

E o mesmo autor ainda faz a necessária advertência de que “não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra.”¹⁷

Nos dias atuais, o processo deve ser visto não como um mero instrumento técnico, mas como um meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica¹⁸. Para contextualizar tal afirmativa, repetimos as palavras Cândido Rangel Dinamarco: “suplantado o período *sincrético* pelo *autonomista*, foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos *resultados* da experiência processual na vida dos *consumidores* do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o realce hoje dado aos *escopos sociais e políticos* da ordem processual, ao valor do *acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo*”¹⁹.

Esse é o significado ao termo “acesso à ordem jurídica justa”, como se vê, umbilicalmente ligado ao conceito de *efetividade* da tutela jurisdicional.

A seguir, um necessário parêntese sobre efetividade.

Parece evidente, senão intuitivo, que quando se emprega o termo *efetividade* no processo, quer se traduzir uma preocupação com a eficácia da lei

¹⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar*, cit., p.74.

¹⁷ Idem, *Ibidem*.

¹⁸ Cf. João Batista Lopes, *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, p. 24.

¹⁹ Cândido Rangel Dinamarco, O futuro do direito processual civil, *Revista Forense*, vol. 36, p. 27.

processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.²⁰ Mas o conceito vai além dessa característica.

O conceito de efetividade, como bem esclareceu José Carlos Barbosa Moreira, é uma noção abrangente que comporta dose inevitável de fluidez²¹. É da lavra do próprio Barbosa Moreira um “programa básico” em prol da efetividade: “(a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstrução dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”²².

Também é dele a advertência para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade: “(a) que não se pode cair na tentação de arvorar a efetividade como um valor absoluto, o que poderia abicar na falsa perspectiva de que nada importaria mais senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta; (b) que não se pode romper o equilíbrio do sistema, hipertrofiando uma peça em detrimento das restantes; (c) que não se pode desvalorizar o passado próximo, renegando a técnica e o trabalho que nos trouxe até os valores atuais”²³.

Como se vê, conceituar *efetividade* do processo não é tarefa fácil. Sem a pretensão de fazê-lo, afirmamos que a efetividade relaciona-se, precipuamente, com o

²⁰ São essas as palavras de E.D. Moniz de Aragão no texto “Efetividade do Processo de Execução”, *O Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p.137.

²¹ Barbosa Moreira, Efetividade do processo e técnica processual, *Revista Forense* 329/97.

²² Idem, *Ibidem*.

²³ Idem, *Ibidem*.

resultado que se pretende alcançar com processo. Disso decorre que ser *efetivo*, o processo terá que alcançar o resultado almejado. Mas não é só: o processo deve estar apto a efetivar todos os direitos assegurados, mas também e principalmente a fazê-lo de uma forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos que seja possível, traduzindo uma preocupação social.

Com enorme poder de síntese, sentencia José Roberto dos Santos Bedaque com muita propriedade que *processo efetivo* “é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”²⁴

Voltando, mais propriamente, ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de se observar que embora o destinatário *principal* da norma contida no art. 5º, XXXV, seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos, indiscriminadamente²⁵. Dessa forma, é vedada ao legislador a edição de leis que excluam, embarcem ou restrinjam da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Mas não só ao legislador aplica-se a restrição, também o juiz, por exemplo, é alcançado pela proibição, já que pela dicção do art. 126 do CPC não lhe é permitido deixar de julgar²⁶.

Esclareça-se, por oportuno, que o princípio em questão – como, de resto, todos os princípios – não tem caráter absoluto, porquanto deve coexistir com outros princípios do sistema jurídico²⁷, daí por que não é de se estranhar que a garantia do acesso ao Judiciário esteja condicionada ao preenchimento de certos requisitos formais e substanciais, como os pressupostos processuais e as condições da ação.²⁸

²⁴ José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

²⁵ Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, cit., p. 130.

²⁶ Cf. João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I – Parte Geral, Atlas, p. 39/40.

²⁷ Segundo nos ensina Robert Alexy, havendo colisão de princípios, aquele de maior *peso* no caso concreto prepondera sobre o de menor *peso*. Ao contrário do conflito de normas, que, nos dizeres de Alexy, é solucionado pela introdução de uma norma de exceção que remova o conflito ou pela declaração de nulidade de uma das normas, é justamente na dimensão do “valor” e não da “validade” que se soluciona a colisão dos princípios.

²⁸ Nesse sentido, v. Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, cit., p. 96/97.

De qualquer forma, dúvida não há de que, embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos – mesmo àqueles que exercem pretensões infundadas –, a garantia de ação está precipuamente direcionado para os que efetivamente merecem a tutela jurisdicional.

A nosso ver, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser visto, ao mesmo tempo, como a porta de entrada e a de saída da própria jurisdição. Isso porque não basta existir um mecanismo adequado para a solução das controvérsias, se as pessoas não tiverem acesso a ele; e, de igual forma, tampouco resolve assegurar contraditório, ampla defesa, isonomia, duplo grau de jurisdição, publicidade, etc., se o processo não tiver tutelas efetivas a ponto de proteger, tempestiva e eficazmente, o jurisdicionado de qualquer ameaça ou lesão já consumada aos seus direitos.

Interessante, ainda, a observação de Zaidem Geraige Neto – com a qual concordamos integralmente – ao afirmar, com espeque nas lições de Canotilho, que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é uma garantia que antecede todos os outros princípios, garantindo-lhes segurança e efetividade e, acima de tudo, um processo justo e apto a alcançar, se for o caso, o resultado almejado.²⁹

Na tentativa de sumular tudo o quanto foi dito acerca do princípio ora em estudo, valemo-nos das palavras de Kazuo Watanabe: “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução”³⁰.

²⁹ Zaidem Geraige Neto. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, cit., p.43.

³⁰ Kazuo Watanabe. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer, In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, S. Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

4. O princípio da inafastabilidade e a tutela jurisdicional

O Estado, ao proibir a autotutela e assumir o monopólio da jurisdição, assumiu também o dever de tutelar de forma efetiva todos os direitos. Assim, na medida em que se impõe à jurisdição a necessidade de assegurar à parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado, fica mais evidente a conexão entre processo e direito material.

Dessa forma, pode-se dizer que é corolário do princípio da inafastabilidade garantir ao jurisdicionado a tutela mais adequada ao direito material sob vulneração ou ameaça. E tal adequação só é possível se o processo (e a tutela nele disponibilizada) voltar-se para o direito material, visando a dar-lhe uma resposta útil, eficaz, adequada e tempestiva.

O processo civil clássico sempre encontrou lastro num sistema de tutela de direitos fundado, exclusivamente, na preocupação com a restauração em pecúnia dos direitos violados. Tal panorama não satisfaz a sociedade moderna, daí porque o processo civil moderno tem que resguardar adequadamente todas as formas de direito e, para tanto, deve permitir várias formas de tutela, tantos quantos sejam os direitos a serem protegidos, *v.g.*, tutela preventiva, ressarcitória, inibitória etc. É o ditado chiovendiano de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter.

Mas não é só. Mais do que a previsão de tutelas tendentes a garantir tudo aquilo a que tem direito o cidadão, faz-se necessário que existam instrumentos aptos a garantir a prestação da tutela no exato momento em que ela necessita ser prestada, evitando-se com isso a inutilidade de uma tutela jurisdicional tardia.

É justamente nesse contexto – de uma tutela que espelhe tudo o quanto está garantido no direito material e, bem assim, que seja prestada no momento em que ela necessita ser prestada – é que a chamada tutela jurisdicional *diferenciada* ganha importância e relevo.

Pode-se dizer, resumidamente, que a tutela comum é aquela que não apresenta especificidades e justamente por isso é a adotada para a generalidade dos casos. Por sua vez, a tutela *diferenciada*, como bem sintetiza João Batista Lopes, significa o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, as regras e os valores da ordem jurídica³¹.

A tutela jurisdicional diferenciada está intimamente ligada à efetividade do processo, na medida em que deve ser assegurada à parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado.

Como bem ensina Donaldo Armelin, “dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’; um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende à pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela nele veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia *no iter procedimental* em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular”³².

Idêntica é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, baseada no escólio de Andréa Proto Pisani, a quem se deve a primazia da expressão tutela diferenciada: “*tutela jurisdicional diferenciada* pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”³³.

Destarte, pode-se dizer que a tutela diferenciada deve ser entendida, em sentido amplo, como uma gama de modelos processuais para permitir que o processo possa atuar pronta e eficazmente para todos os tipos de direito, respeitando-se,

³¹ João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 22.

³² Donaldo Armelin, Tutela jurisdicional diferenciada, *RePro* 65/46.

³³ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, cit., p. 26.

por óbvio, os princípios e garantias constitucionais.³⁴ Nela se incluem, portanto, ao lado da clássica tutela ressarcitória, a tutela de urgência (v.g., antecipação de tutela e cautelar), a tutela específica (v.g., as tutelas de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa), a tutela inibitória, a tutela de evidência, etc.

Bem se vê que a partir do entendimento atual do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – ou seja, como uma garantia constitucional de amplo acesso, dotada de meios adequados e visando ao resultado efetivo – não se pode deixar de enxergar a necessidade de dotar o sistema processual de mecanismos aptos a preencher os vazios existentes, dando-se voz a todos os reclamos do direito material e na sua exata medida.

Advertimos, porém, para os evidentes riscos de se buscar, a todo custo, uma tutela adequada, tempestiva e efetiva. Não se pode cair na tentação de buscar a almejada tutela “ideal”, visando somente ao resultado do processo, violando-se os princípios e garantias constitucionais da outra parte. O processo deve atuar, *na medida do possível*, de forma célere, adequada e efetiva, observando sempre os demais princípios e garantias constitucionais, salvo quando, por aplicação do princípio da proporcionalidade, seja o caso de afastá-los para se garantir um “valor” com maior peso.

Exemplificamos: em tempos hodiernos, em razão da morosidade do processo – que, segundo pensamos, decorre, em grande parte, da falta de adequada estrutura do Poder Judiciário para atender à crescente demanda e não da lei processual em si mesma considerada – a praxe forense tem caminhado para uma perigosa banalização da tutela de urgência, como se atender prontamente o reclamo da parte, muitas vezes *inaudita altera parte*, fosse a solução de todos os males do processo.

A tutela de urgência, como vimos, está garantida constitucionalmente, mas deve ser utilizada em caráter excepcional, somente quando não houver outra forma de tutelar o direito da parte. A garantia do acesso à justiça não significa tutelar a qualquer preço, com a amputação de outras garantias constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. A tutela de urgência, tomada

³⁴ Cf. João Batista Lopes, Fundamento Constitucional da Tutela de Urgência, *Revista Dialética de Direito Processual* n° 8, p. 69

em cognição sumária, deve ser, na medida do possível, provisória e, bem assim, utilizada somente em situações excepcionais, quando representar a única maneira de assegurar efetividade para a tutela jurisdicional. E, mesmo assim, desde que, ponderando-se os bens (e os direitos) em jogo, seja essa a solução mais indicada e a menos gravosa.

De qualquer maneira, tendo em conta que a tutela de urgência é uma garantia constitucional, o legislador infraconstitucional não pode proibi-la nem tampouco embaraça-la, restando-lhe tão-somente traçar a sua disciplina, estabelecendo seus requisitos específicos.³⁵ E essa mesma advertência vale para a tutela específica, a inibitória, etc.; enfim, todas as tutelas necessárias para amparar, de forma efetiva, o direito da parte. Trata-se de corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

5. Análise casuística: algumas hipóteses polêmicas

Definido e situado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, analisaremos brevemente, a seguir, algumas hipóteses polêmicas – sem a pretensão de esgotá-las – nas quais pode haver debate acerca da sua vulneração ou não.

5.1. Arbitragem

Ao contrário do que pode parecer numa análise descuidada da questão, a arbitragem, a nosso ver, não ofende ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Numa primeira abordagem, vale a lembrança de que o art. 31 da Lei 9.307/96 prevê que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo-se, pois, em título executivo judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da *jurisdicionalidade da arbitragem*.³⁶

³⁵ Idem, Ibidem, p.70/71.

³⁶ Cf. Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 45.

Embora a arbitragem possa ser encarada, em certa medida, como um braço da atividade jurisdicional, não se descuidou o legislador em disciplinar as hipóteses em que a sentença arbitral pode ser atacada por meio de ação judicial visando à declaração de sua nulidade (arts. 32 e 33 da Lei 9.307/96); a nulidade poderá, ainda, ser deduzida em sede de embargos à execução (art. 33, § 3º).

Como se vê, não se fechou as portas à jurisdição estatal. Lembre-se, ainda, que não pode o árbitro impor coativamente suas decisões, o que ficou reservado ao Poder Judiciário. O mesmo se diga das tutelas de urgência, as quais se decididas pelos árbitros e havendo resistência da parte, serão cumpridas pelo Poder Judiciário ou mesmo por ele apreciadas decididas na hipótese de o árbitro não fazê-lo.

Ademais, não se pode olvidar que a arbitragem só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis e tem objeto delimitado àquilo que a parte, livremente (vige, aqui, o princípio da autonomia da vontade) avençou submeter à arbitragem. Não se trata, pois, de uma vedação genérica à tutela jurisdicional estatal, o que conduziria à inconstitucionalidade.

A arbitragem, como se percebe, não escapa ao controle do Poder Judiciário, não havendo, s.m.j., ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

E, para encerrar a problemática, uma observação: não é de hoje que já se percebeu que o Estado é incapaz de dirimir, satisfatoriamente, toda a massa de lides levadas aos Tribunais, daí a importância de excogitar de formas alternativas – jurisdicionais ou não – para a solução dos conflitos, reservando-se ao Poder Judiciário o que for inevitável.

5.2. Proibição de liminares contra o Poder Público

O tratamento diferenciado dispensado às tutelas de urgência envolvendo o Poder Público tem sido terreno fértil para discussões envolvendo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Deveras, pois o legislador tem produzido normas obstativas da concessão de liminares contra o Poder Público.

A Lei nº 9.494/97, que disciplinou a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública após sucessão de inúmeras medidas provisórias, consolidou o seguinte:

“Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437. de 30 de junho de 1992.”

(...)

Art. 2º-B . “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”.

A conjugação de todos os diplomas mencionados no art. 1º erigiu um microsistema legal restritivo para as liminares em face do Poder Público, vedando a concessão das decisões liminares cautelares e antecipatórias contra a Fazenda Pública no que respeita as matérias ali constantes³⁷. Não satisfeito, o legislador, no art. 2º-B, de estender a vedação também às sentenças (decisões finais) antes de seu trânsito em julgado, para as hipóteses amplíssimas relacionadas do dispositivo.

E não foi só. A Emenda Constitucional 30, de 13.09.2000, modificando a redação dos parágrafos do art. 100 da Constituição Federal, recheou o texto da Carta Magna com a expressão “trânsito em julgado”.

Assim, o que se pretendeu introduzir, de forma tímida e pelo método questionável da edição de Medida Provisória³⁸, ganhou realce constitucional por meio da Emenda Constitucional 30/2000, fixando-se, em âmbito constitucional que a execução contra a Fazenda Pública depende do trânsito em julgado da decisão exequenda, extraindo-se a possibilidade de efetivação de qualquer tipo de tutela condenatória – seja ela de natureza antecipatória ou final – antes do trânsito em julgado.

³⁷ V., por todos, Luiz Fux. O novo microsistema legislativo das liminares contra o poder público. *Revista de direito Renovar*, n. 29. Rio de Janeiro: maio/ago. 2004, p.13-32.

³⁸ Os pressupostos constitucionais da relevância e urgência, contidos no art. 62 da CF/88, existem como forma de justificar a antecipação da eficácia e da aplicabilidade de uma norma que há de ser convertida em lei, posteriormente. É verdade que não há delimitação legal do significado de tais pressupostos, mas não se pode permitir que o Poder Executivo, mesmo dentro da discricionariedade que lhe é atribuída, amplie os referidos conceitos de forma a usurpar a função legiferante que só excepcionalmente poderá exercer.

É, lamentavelmente, o que se extrai do panorama legislativo.

O Supremo Tribunal Federal, na ADIn 233-6/DF rejeitou a inconstitucionalidade em tese da limitação à concessão das liminares contra o Poder Público, deixando, porém, uma “válvula de escape”, ao observar que “*não prejudica o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade, incluída a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva da liminar*”.³⁹

Como bem observa Eduardo de Melo Mesquita, o controle difuso de constitucionalidade não está vedado por força da decisão da ADIn 233-6, cabendo ao magistrado ponderar os bens em jogo e à luz do princípio da proporcionalidade, decidir pela concessão da liminar ou não.⁴⁰

De qualquer forma, a vedação, em tese, das liminares (e do adiantamento de qualquer provimento executivo) contra a Fazenda Pública, afigura-se nos uma odiosa desigualdade e uma ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

5.3. A Súmula vinculante

Outro tema que tem despertado discussões acaloradas é o da Súmula vinculante, introduzido em nível constitucional por força da EC 45/2004 e recentemente regulamentada pela Lei 11.417/2006.

Após a EC 45/2004, as súmulas editadas pelo STF, por decisão de 2/3 de seus membros, desde que tratem de matéria constitucional e tenha sido reiteradamente decidida pelo Supremo, terão efeito vinculante perante os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, municipal, estadual e municipal.

³⁹ RTJ 132/572 – STF – Pleno – ADIn 233-6/DF – rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. em 05.04.1990

⁴⁰ Eduardo Melo de Mesquita. *O Princípio da Proporcionalidade e as Tutelas de Urgência*, cit., p. 212.

Embora o tema seja apaixonante e suscitado inúmeros debates na doutrina, centraremos nossa análise na resposta da seguinte indagação: a adoção da súmula vinculante viola, em certa medida, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional?

Entendemos que não. A adoção, em tese, da súmula vinculante, bem ao contrário, reforça o princípio do acesso à justiça. E por que “em tese”? Porque é imperioso que as súmulas que carreguem o chamado efeito “vinculante” versem sobre questões capazes de se repetir ao longo do tempo de forma absolutamente idêntica⁴¹, como por exemplo, uma interpretação a respeito da incidência, ou não, de um tributo numa determinada atividade ou mesmo devoluções de empréstimo compulsório. Ao revés, em situações que envolvam valores passíveis de sofrer alterações ou mesmo nos quais as peculiaridades do caso concreto são determinantes, *v.g.*, nos chamados conceitos *vagos* ou *indeterminados*⁴², a utilização da súmula vinculante seria de todo condenável, engessando a interpretação necessária e conveniente para a melhor aplicação da lei ao fato correto.

Assim, se utilizada corretamente, quer nos parecer que a súmula vinculante é um instituto vocacionado para uma melhor prestação jurisdicional e, em última análise, para um acesso à ordem jurídica *justa*, o que está, como vimos, umbilicalmente ligado ao conceito atual do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A idéia de sumular o entendimento em questões repetitivas, nas quais a lide jurídica é sempre a mesma, é salutar e necessária para uma melhor prestação jurisdicional. Não é razoável que tais processos – que dizem respeito a matérias já exaustivamente discutidas e há muito pacificadas pela jurisprudência – continuem congestionando o Judiciário, numa frenética repetição de petições iniciais, decisões, recursos, etc.

⁴¹ Cf. José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: RT, 2005, p.384.

⁴² Quanto aos conceitos vagos ou indeterminados, *v. por todos*, José Carlos Barbosa Moreira. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual*. 2ª Série. S. Paulo: Saraiva, 1988, p.64.

Ademais, imaginar que a mesma lide possa ser julgada de determinado modo para um e de modo diverso para outro, não é salutar ao sistema jurídico, abicando, em última análise, numa ofensa ao princípio da isonomia. Porque alguém pode, por exemplo, ter direito à restituição de empréstimo compulsório e seu vizinho, na mesmíssima situação jurídica, não tê-lo...

Na atual conjuntura, com o Poder Judiciário muito próximo do limite de saturação, só se pode excogitar de um acesso à Justiça adequado, tempestivo e efetivo, se tiver condições para tanto. Nesse panorama, a súmula vinculante auxilia enormemente, porquanto libera a máquina judiciária para se preocupar com questões jurídicas mais relevantes do que aquelas já sedimentadas de forma perene.

Dentro desse contexto, considerando-se, sobretudo, a realidade do perfil judiciário brasileiro, a súmula vinculante vai ao encontro do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e não o contrário.

Por derradeiro, insistimos na advertência de que o instituto da súmula vinculante deve ser utilizado corretamente, com parcimônia e cuidado. Nesse sentido, encerramos com as palavras de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Cada vez mais e mais transparentes devem ser os critérios de escolha dos Ministros dos Tribunais Superiores, se a eles caberá editar súmulas, que só se podem prestar a gerar mais segurança e previsibilidade, nunca a ‘engessar’ ou ‘congelar’ o direito. Para isto, como vimos antes, é necessário que se atente para a *matéria* que se estará sumulando e para o *modo* como se estarão redigindo estas súmulas.

Se as súmulas atenderem a ‘interesses’, quaisquer que sejam as suas naturezas, e não se limitarem, fundamentalmente, a extrair do texto do direito positivo real significado – e nessa medida as súmulas devem ser vistas como resultado de atividade interpretativa -, a; i, certamente, o sistema de súmulas vinculantes terá naufragado. Seguramente, as

conseqüências negativas que se produzirão seriam muito mais nefastas para a Nação do que aquelas que seriam produzidas por uma singela decisão, cujos efeitos estariam adstritos às partes.”⁴³

5.4. A repercussão geral

A repercussão geral, ao lado da súmula vinculante, também foi introduzida pela EC 45/2004 com a intenção clara de viabilizar um acesso à ordem jurídica justa, dotado de uma tutela jurisdicional efetiva. Mais recentemente, veio a lume a Lei 11.418/2006, regulamentando a matéria, na qual se incluiu dois novos artigos no Código de Processo Civil (arts. 543-A e 543-B).

Resumidamente, pode-se dizer que a repercussão geral é um novo requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário. Mas o que é repercussão geral? Trata-se, evidentemente, de um conceito jurídico vago ou indeterminado, que deve ser preenchido, pela conjugação dos critérios *relevância* e *transcendência* da matéria debatida.⁴⁴

Entendemos ser correta a introdução desse requisito. Em certa medida, esse sistema de *filtro* para os recursos extraordinários não é novidade, porquanto vigorava, entre nós, até antes da Constituição Federal de 1988, a arguição de relevância, que tinha uma feição, por assim dizer, menos democrática⁴⁵. Aduza-se, ainda, que esse sistema encontra similares na Alemanha, Estados Unidos, Argentina e Japão.⁴⁶

Sem a pretensão de analisar as particularidades da repercussão geral – o que fugiria do propósito deste ensaio – limitar-nos-emos, tal como fizemos com a

⁴³ Repercussão geral e súmula vinculante, cit., p. 386/387.

⁴⁴ É o que se extrai da dicção do art. 543-A, § 1º, do CPC: “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”

⁴⁵ A arguição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação; ao contrário, diante da atual sistemática constitucional, a análise da repercussão geral deve ser feita em sessão pública e seu julgamento motivado.

⁴⁶ V., por todos, Arruda Alvim. A EC n. 45 e o instituto da percussão geral. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). São Paulo: RT, 2005, p.68/69.

súmula vinculante no tópico anterior, a avaliá-lo em cotejo com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Também aqui deve ser levado em consideração o panorama presente do Poder Judiciário brasileiro. E, nesse contexto, não se pode fugir da constatação de que o Supremo Tribunal Federal, em razão do enorme acúmulo de processos que lhe são apresentados, tem se afastado mais e mais de sua função precípua, estampada, aliás, na letra do art. 102 *caput* da Constituição Federal: a “guarda” da própria Constituição.

Inimaginável, por assim dizer, que um sistema jurídico que pretenda garantir adequadamente o acesso à justiça – assim compreendido como o direito não só ao acesso, em si, ao Judiciário, mas também que dele haja a possibilidade de se extrair uma tutela adequada, tempestiva e efetiva – tenha um órgão de cúpula, com o mister de zelar pela Constituição, atolado em todo o tipo de questão, não raras vezes de somenos importância.

Deve caber à Corte Suprema ditar as regras visando a uma interpretação uníssona dos mandamentos constitucionais e, bem assim, constituir-se num escudo contra as tentativas de malferi-los. Mesmo papel está destinado ao Superior Tribunal de Justiça, transportando-se o mister para a lei federal, daí lamentar-se que não se tenha adotado providência equivalente à da repercussão geral também neste Tribunal.

Feitas essas ponderações, resta-nos concluir que, o instituto da repercussão geral não viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Ao contrário, auxilia na busca de um acesso à justiça que se consubstancie numa tutela jurisdicional verdadeiramente efetiva.

Fazemos nossas as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Tendo presente essas coordenadas, a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito no estado Constitucional

brasileiro. Resguarda-se, dessarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira.”⁴⁷

5.5. O parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil

A Lei 11.187/2005, deu nova redação ao parágrafo único do art. 527, que passou a prever que: “a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.”

Embora o texto não o diga expressamente, resta evidente que as decisões liminares do relator, nos casos previstos nos incisos II e III do mesmo art. 527⁴⁸, tornaram-se irrecorríveis. Noutras palavras, o agravo interno (ou, para alguns, “regimental”) passou a não ser mais cabível da decisão do relator que *converte o agravo de instrumento em retido* e, bem assim, naquela em que o relator *concede efeito suspensivo* ao agravo ou *antecipa total ou parcialmente a tutela recursal* (também chamado de “efeito ativo”). E, numa tentativa inútil, por assim dizer, de compensar a falta de recurso, previu o legislador um criticável (e inútil) juízo de reconsideração.

Ao comentar esse dispositivo legal notícia Athos Gusmão Carneiro a real intenção da reforma: “nos debates precedentes à remessa do projeto de lei ao Congresso, consideraram alguns que o uso da palavra ‘irrecorrível’ ensejaria a acusação de ser o dispositivo ‘anti-democrático’, ofensivo ao princípio constitucional da ampla defesa, e assim por diante. Optou-se, então, por dizer o mesmo por vias travessas, com a

⁴⁷ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. S. Paulo: RT, 2007, p.17/18.

⁴⁸ “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

(...)

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.”

afirmação de que a decisão somente seria ‘passível de reforma no momento do julgamento do agravo’, redação esta bastante criticável.”

Já tivemos a oportunidade de tratar mais detidamente sobre esse assunto⁴⁹, e embora nossa vontade seja a de criticar enfaticamente a novel construção legislativa em muitos aspectos, enfrentaremos tão-somente a questão envolvendo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Posicionamo-nos, desde já, com uma afirmativa: a nosso ver, o parágrafo único do art. 527 do CPC, na redação dada pela Lei 11.187/2005, viola o princípio do acesso à justiça. Vejamos as razões:

Como já ficou demonstrado ao longo desse texto, a tutela de urgência tem amparo constitucional; trata-se de corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Com efeito, para garantir um acesso à ordem jurídica justa, estruturou-se um tratamento para as situações urgentes que implicassem risco à efetividade da jurisdição. É nesse panorama que se insere a tutela de urgência, que foi disponibilizada, num primeiro momento, pela técnica da tutela cautelar e, num momento ulterior, pela antecipação de tutela. No plano recursal, mais precisamente no agravo de instrumento, a concessão do efeito suspensivo (para aquelas decisões de cunho positivo) e da antecipação da tutela recursal (para aquelas decisões de cunho negativo) nada mais é do que uma das formas de manifestação da tutela de urgência.

Nesse contexto, qualquer obstáculo à obtenção da tutela de urgência representa uma vulneração ao próprio princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. E mesmo que não se trate, propriamente, de uma tutela de urgência, qualquer outra tutela, desde que a adequada a amparar o direito, tem igual status constitucional.

⁴⁹ O parágrafo único do art. 527 do CPC foi alvo de nossa preocupação em artigo de nossa autoria intitulado “Breves considerações sobre a irrecorribilidade das decisões liminares do relator e o ‘juízo de reconsideração’ (parágrafo único do art. 527 do CPC). In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *O novo regime do agravo de instrumento e do agravo retido: modificações da Lei 11.187/05*, S. Paulo, Quartier Latim, 2006, p.236. Passados quase dois anos da vigência da Lei 11.187/2005 e da confecção daquele artigo, nossas opiniões estão ainda mais reforçadas, daí porque algumas delas são, em certa medida, aqui reproduzidas.

Fixada essa premissa, vejamos, a seguir, as hipóteses nas quais o parágrafo único do art. 527 do CPC vedou a possibilidade de recurso.

Pela dicção do inciso II, a parte somente poderá lançar mão do agravo de instrumento em três hipóteses: (i) se a decisão agravada for suscetível de causar-lhe lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*); (ii) nos casos de inadmissão da apelação; e, (iii) nos casos em que se discute os efeitos em que a apelação é recebida.

Na primeira hipótese o recurso visa à obtenção de uma legítima tutela de urgência, de forma a evitar e/ou estancar a grave lesão que decorre da decisão agravada, daí porque o agravante deverá formular o pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal, conforme o caso. Deixar o agravante sem a necessária tutela de urgência, convertendo o agravo para a forma retida é, como já adiantamos, flagrantemente inconstitucional. Nas duas outras hipóteses (inadmissão da apelação ou os efeitos em que ela é recebida), não se trata propriamente de tutela de urgência, mas sim de evidente falta de interesse processual para o agravo retido, de forma que o processamento do recurso na forma retida é de todo inútil ao agravante.

Em nenhuma das hipóteses anteriormente mencionadas, o agravante poderá conformar-se com a conversão de seu agravo de instrumento em agravo retido, na medida em que ou ficará sem a necessária tutela de urgência (hipótese da lesão grave e de difícil reparação) ou seu recurso, na modalidade retida, será de todo inútil (hipóteses da inadmissão da apelação ou dos efeitos em que é recebida). Ambas as hipóteses implicam, em última análise, em falta de adequada e tempestiva tutela jurisdicional e, noutras palavras, na vulneração do princípio do acesso à justiça.

E quanto ao inciso III do art. 527 do CPC? Sob a rubrica do mencionado dispositivo legal, pode-se imaginar claramente duas hipóteses: uma, o agravante requer o efeito suspensivo e/ou a antecipação da tutela recursal e tem seu pedido negado; na outra, o agravante obtém o efeito pretendido. Na primeira, o agravante fica sem possibilidade de discutir a questão por meio de recurso hábil para o órgão colegiado e, na segunda, quem fica sem o recurso é o agravado. De igual forma, haverá, nas duas hipóteses, falta de tutela jurisdicional.

Como se vê, a Lei 11.187/2005, na tentativa de desafogar os tribunais, optou pela via da exclusão do acesso à Justiça. Lamenável! Nesse diapasão não poderiam ser mais precisas as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, com as quais encerramos esse tópico:

“Em fins de 2005, a Lei n. 11.187, trouxe novas alterações à sistemática do agravo. A nós fica a impressão, como acima afirmamos, de que após essas sucessivas alterações (de 1995, de 2001 e de 2005), estamos diante de experiência de “ensaio e erro”, na busca de um modelo de agravo que seja capaz de dar conta, ao mesmo tempo, da demanda recursal crescente, fruto, dentre tantos motivos, de alterações outras (conforme vimos no item antecedente), e da falta de investimento público no Poder judiciário, que não está aparelhado, tanto do ponto de vista físico (instalações, tecnologia, etc.) quanto sob o aspecto humano... Falta, enfim, resposta eficiente do Poder Público ao veemente clamor da sociedade brasileira por acesso à justiça.”⁵⁰

5.6. Os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil⁵¹

Reservamos este último item para, a pretexto de aclarar uma situação particular prevista no regramento do Código Civil a respeito das obrigações de fazer e não fazer, fazer uma importante e breve consideração a respeito da *autotutela*.

É fato que existem casos em que a própria lei permite a autotutela, cujo exemplo clássico está no desforço imediato (art. 1210, § 1º, do Código Civil⁵²).

⁵⁰ Teresa Arruda Alvim Wambier. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *O novo regime do agravo de instrumento e do agravo retido: modificações da Lei 11.187/05*, S. Paulo, Quartier Latim, 2006, p. 340.

⁵¹ Pareceu-nos interessante abordar essa temática, após leitura de enxuto e preciso texto da lavra da Professora Ada Pellegrini Grinover, disponível no *site* Última Instância. Acessado em: 30/7/2007 em < http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=22108 >. É nele que nos inspiramos para tratar do assunto.

⁵² “Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º **O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.**” (negritamos)

Deveras, o Estado nem sempre pode estar presente quando um direito está sendo violado ou na iminência de sê-lo. Ademais, diante da sobrecarga dos tribunais, outras formas de pacificação social diferentes da jurisdição estatal têm que ser pensadas. É justamente nesse panorama que se insere a arbitragem, a mediação, a autotutela, etc.

Nesse sentido, o novo Código Civil (2002) trouxe interessante disciplina acerca das obrigações de fazer e não fazer. Com efeito, para melhor compreensão da matéria faz-se necessário citar os dispositivos legais que serão objeto de análise:

Tratando da obrigação de fazer, disciplina o art. 249 que: *“Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.”* E seu parágrafo único assim completa: *“Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”*

Regra idêntica se dá em relação às obrigações de não fazer, *verbis*: *“Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.”*

O que se percebe pelos dispositivos legais citados – que devem ser interpretados em conjunto com a sistemática prevista no Código de Processo Civil (arts. 461, 632/645) – é que no parágrafo único de ambos previu-se uma espécie de autotutela, permitindo ao jurisdicionado, em hipóteses excepcionais (urgência), valer-se do fazimento ou desfazimento da coisa por terceiro, sem autorização judicial prévia.

É prudente a observação de que a previsão dessa autotutela, não fechou o seu controle pela via judicial, porquanto havendo ação, intentada por qualquer das partes, será avaliado pelo Juiz se aquele que se valeu da autotutela o fez dentro dos

requisitos e limites permitidos, agindo com boa-fé e para amparar uma situação verdadeiramente urgente, ou se o fez em abuso de direito.

Para responder à indagação que tem norteado nossa preocupação ao longo desse trabalho, vale dizer, se essa modalidade de autotutela fere, ou não, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, repetimos as palavras de Ada Pellegrini Grinover, com as quais concordamos *in totum*: “...os parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do CC não afrontam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Como visto, sobra espaço para a autotutela, expressamente prevista em lei, nos sistemas jurídicos modernos. E, de qualquer modo, a via judicial fica aberta ao devedor que não se conforme com o exercício ou a forma da autotutela no caso concreto, garantido, assim, o acesso ao Judiciário assegurado pelo artigo 5º, XXXV da CF.”⁵³

⁵³ *Idem, Ibidem.*

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Efetividade do Processo de Execução. *O Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 137.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada, *Revista de Processo* – 65, p. 46.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A EC n. 45 e o instituto da percução geral. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 63.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual, *Revista Forense* - 329, p.97

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual*. 2ª Série. S. Paulo: Saraiva, 1988, p.64.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., S. Paulo: Saraiva, 1992;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3. ed., S. Paulo: Malheiros, 2003;

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006;

CARMONA, Carlos. Alberto *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali e ‘Giusto Processo’ (Modelli a Confronto)”, *Revista de Processo* - 90, p. 95/150;

_____. FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile, vol. I – Il processo ordinario di cognizione*, Il Mulino, 1995;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*, 14ª ed., S. Paulo: 1998, Malheiros;

DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do direito processual civil. *Revista Forense*, v. 36, p. 27.

FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o poder público. *Revista de direito Renovar*, n. 29. Rio de Janeiro: maio/ago. 2004, p.13-32

GERAIGE NETO, Zaidem. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, S. Paulo: RT, 2006;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela*. Texto extraído da internet no site Última Instância, em 30/07/2007. Em: < http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=22108 >;

JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantias Constitucionales del Proceso*, JMBosch Editor, 1997;

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, *Revista de Processo* – 116, p. 29/39.

_____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001;

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I – Parte Geral, São Paulo: Atlas, 2005;

_____. Fundamento Constitucional da Tutela de Urgência, *Revista Dialética de Direito Processual* nº 8, p. 69;

LOPES, Maria Elizabeth Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*, S. Paulo: RT, 2006;

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. S. Paulo: RT, 2007;

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*, S. Paulo: RT, 2002;

_____. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, Curitiba: Juruá, 2006;

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 372;

MONTESANO, Luigi. “La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’”, *Rivista di diritto processuale*, nº 4, 2000, p.929/947;

NERY JUNIOR, Nelson *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo: RT, 2004;

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Breves considerações sobre a irrecorribilidade das decisões liminares do relator e o “juízo de reconsideração” (parágrafo único do art. 527 do CPC). In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *O novo regime do agravo de instrumento e do agravo retido: modificações da Lei 11.187/05*. S. Paulo, Quartier Latim, 2006, p.236

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *O novo regime do agravo de instrumento e do agravo retido: modificações da Lei 11.187/05*, S. Paulo, Quartier Latim, 2006, p. 333.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19.