

## TUTELA DE SEGURANÇA E TUTELA DA EVIDÊNCIA<sup>1</sup>

LUIZ FUX

Juiz de Direito, RJ, e professor de Direito Processual Civil na UERJ

Aos alunos da Faculdade de Direito da UERJ, pelo auxílio que me prestaram no combate à fraude nas eleições de 1994, permitindo-me concluir o presente trabalho, interrompido abruptamente por aquele episódio, e por tanto quanto propiciaram à pátria, através de exemplar atuação naquela apuração, revelando expressivo civismo, singular cidadania e notável contribuição para a moralização política, mercê da inestimável participação na construção de um dos pilares democráticos de nosso país, como sói ser o processo eleitoral.

O processo, concebido como instrumento de realização dos direitos materiais, na visão percuciente de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo<sup>2</sup>, passou no liminar de um novo século a submeter-se ao desafio da efetividade, postulado moderno que exige a aptidão dos instrumentos de tutela à consecução dos fins para os quais foram constituídos<sup>3</sup>. Sob essa ótica, fartam as críticas acerca da natural demora da prestação jurisdicional, gerando insatisfação prática e jurídica para aqueles que se vêem compelidos a recorrer ao judiciário na busca da solução de seus conflitos. O fenômeno, aliás, é universal,

- 
- 1 Apresentação da tese oferecida à Congregação da Faculdade de Direito da UERJ para o concurso de Professor Titular na cadeira de Processo Civil.
  - 2 Proceso autocomposición y autodefensa - 1947.
  - 3 Nesse sentido as exposições de PROTO PISANI na Riv. Dir. Proc., vol. XXX, 1975, em artigo intitulado L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna.

como pôde observar Cappelletti, através de vasta e convincente comprovação assentada nos dados informativos encontrados no seu volume "Acesso à Justiça"<sup>4</sup>.

Essa constatação foi responsável pela pesquisa, dentro do ordenamento, de instrumentos ágeis de prestação jurisdicional, acarretando o que hoje se cognomina de "vulgarização" do processo cautelar<sup>5</sup>. Essa forma de tutela imaginada como *tertium genus* e destinada à proteção da utilidade prática das tutelas de cognição e execução<sup>6</sup> passou a ser utilizada, indistintamente, em todas as situações reveladoras de perigo de demora na prestação da justiça, não só quando esse retardamento indicasse periclitação para uma escorreita prestação da justiça pela frustração dos meios processuais, mas também nas hipóteses de malogro do próprio direito material da parte ou seu enérgico enfraquecimento. Alterou-se, assim, a feição doutrinária do processo cautelar, servil ao processo principal, transmudando-o num verdadeiro procedimento célere e expedito capaz de conjurar, como os interditos romanos, toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão, em brevíssimo espaço de tempo, afastando os tão combatidos efeitos ruinosos da demora na prestação jurisdicional.

Cautelaridade e satisfatividade restaram por imiscuir-se no âmbito dos desígnios do processo cautelar, atendendo as situações de emergência e superando os reclamos da efetividade<sup>7</sup>. Entretanto, se a prática assim vem demonstrando, evidencia-se a necessidade de distinguir não só os objetivos diversos da tutela cautelar em confronto com essa tutela rápida que se vem proliferando, mas também regular a natureza dessa espécie de processo e procedimento, fruto da criação de novas exigências sociais.

---

4 Acesso à Justiça - MAURO CAPPELLETTI e BRYAN GARTH - 1988.

5 Nesse sentido as exposições de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, in Curso de Processo Civil - 1993 e LUIZ GUILHERME MARINONI - Tutela Antecipada - 1993.

6 Essa verdadeira acepção da tutela cautelar deve-se à CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, 1958, nada obstante atribua-se à obra de CALAMANDREI - *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, de 1936. A qualificação de uma verdadeira certidão de nascimento da doutrina cautelar. É de sabença, entretanto, que o festejado autor deu ênfase exacerbada à preventividade, responsabilizando-se pela contradição hoje verificada em figuras judiciais de cunho cautelar-satisfativo, expressão que encerra verdadeira *contradictio in terminis*, na certa crítica de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA - *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*, 1992.

7 Sobre o tema a reflexão responsável de GALENO LACERDA in *Função e Processo Cautelar, Revisão Crítica* - Livro de Estudos Jurídicos - IEJ - 1992. nº 5 A postura do autor é reconsiderar os conceitos pioneiros que lançou quando do advento do Código, desmistificando a evolução científica que parecia ter ocorrido no Brasil com a inserção de livro próprio destinado à regulação do processo cautelar. Somente a humildade de um sábio poderia permitir significativo reconhecimento público de algumas falhas de percepção científica, que autenticam a humanidade do doutrinador.

Destarte, a conseqüência dessa utilização promiscua do processo cautelar revelou um fenômeno análogo, que pode figurar como razão lógica para a derivação de causas para o procedimento sumário-cautelar.

É a questão atinente aos direitos evidentes. A prática judiciária indica casos em que não se revela justa a demora da prestação jurisdicional, mercê de inexistir qualquer situação de perigo. Trata-se dos casos de evidência, diametralmente distintos dos de "mera aparência" que se encenam no processo cautelar. Para esses, a inadequação do procedimento ordinário revela-se de pronto, reclamando uma atuação tão pronta quanto evidente o direito da parte, tal como ocorre com o mandado de segurança<sup>8</sup>.

Hodiernamente, ganham corpo esses provimentos, como, vg, contemplou-os o legislador inquilinário, com o despejo liminar irreversível, merecendo, por isso, inserir-se em sede doutrinária essa nova feição do processo como instrumento de realização imediata. O tema, como se verifica, afina-se com a tutela de segurança na parte em que também se engendra de imediato, com abandono dos ritualismos, hoje injustificáveis, do procedimento ordinário, traçado para servir de instrumento a uma longa averiguação do direito dos contendores, *in casu*, desnecessária, pela própria "evidência". Funde, assim, a presente tese, os pontos afins entre a tutela de segurança e a tutela da evidência.

A nossa proposta é exatamente suscitar um desafio entre os *experts* quanto à existência no direito brasileiro de um processo verdadeiramente sumário, através do qual a parte, diante de uma situação de perigo ou de evidência do direito, pode utilizar-se do procedimento cautelar para fins satisfativos, submetendo a sua pretensão a uma sumária *cognitio sui generis*, finda a qual a decisão judicial há de prevalecer com força do caso julgado tal como as demais sentenças de conhecimento, exatamente por encerrar a última palavra do judiciário acerca do litígio, de tal sorte que não lhe reste mais qualquer utilidade noutro provimento, tornando-a carente de interesse de agir.<sup>9</sup>

---

8 CALAMANDREI, um dos gênios da ciência processual, almejava esse estado ideal de direito no qual a providência definitiva pudesse ser instantânea, como se colhe desta passagem *in* Introducción, pág. 44: "en un ordenamiento puramente ideal en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantanea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares".

9 Tributa-se a LIEBMAN a sistematização das condições da ação como requisitos de admissibi-

Por seu turno, a tutela de segurança, exatamente porque deferida em condições excepcionais, suscita, também, um regime especial de atuação do juiz que se extrema entre o atuar *ex officio* e a duplicidade e fungibilidade das ações. Em resumo, a nossa proposta é subsumir ao poder-dever do juiz a solução sob medida da causa posta em juízo, com tamanha amplitude de atuação, que a palavra do judiciário seja dúplice, evitando, exatamente, a proliferação de processos, permitindo numa mesma oportunidade que o magistrado proveja em favor de qualquer das partes, conferindo a solução adequada ao litígio sem se preocupar com o fator iniciativa.<sup>10</sup>

A sumariedade na tutela da evidência e a multiplicidade de possibilidades de soluções na tutela de segurança, timbram-nas de características próprias, respaldadas na interpretação harmônica da lei processual com as exigências atuais inseridas na gênese do princípio da efetividade.

A tese, em suma, pretende demonstrar que há fonte legal autorizando o uso dessas ações de urgência, apontando, ainda, a sugestão de proliferação dessa forma de tutela como meio de alcançar-se o prestígio do judiciário, tão decantado pela doutrina histórica do processo, ao justificar o monopólio da jurisdição.<sup>11</sup>

O simples desígnio de motivar essa especulação é o que nos basta para justificar a tese ora proposta, máxime porque, na sua *ratio* sobressai a preocupação de um homem em melhor servir à sua pátria, vislumbrando, nesse sentido, novos instrumentos para aqueles que exercem, como nós, o nobre sacerdócio da magistratura.<sup>12</sup>

---

lidade que o autor deve cumprir para obter uma sentença de mérito, independentemente do resultado obtível, com o que o citado autor intermediou o confronto científico entre as Escolas do Direito Concreto de Agir capitaneada por CHIOVENDA e do Direito Abstrato sugerida por CARNELUTTI, o fenômeno da exatidão dos anseios judiciais da parte revela um dos componentes do interesse de agir que é a utilidade da prestação jurisdicional, sabido que a necessidade compõe, também, essa condição da ação - LIEBMAN - Manuale di Diritto Processuale Civile - vol. I, 1966.

- 10 É clássica de CALAMANDREI de que "Não se tem jurisdição sem ação, isto é, a justiça não se move sem que seja solicitada" - *Nemo iudex sine actore* - Instituciones de Derecho Procesal Civil, 1943.
- 11 Expressiva a correspondência que CARNELUTTI faz entre a promessa da lei e a sua exigibilidade por meio dos órgãos judiciários, cumprindo o Estado, como juiz, a promessa que fez como legislador - Sistema di Diritto Processuale Civile - 1936.
- 12 Ninguém melhor do que CALAMANDREI entreviu a extensão humana da atuação judiciária, por tantas páginas belas. Cite-se esta passagem: "Sob a ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações... e seria de desejar fosse o juiz capaz de reviver em si, para os compreender, cada um destes sentimentos" - Elogio dei Giudici Scritto da un Avvocato.