

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – EFEITOS PRÁTICOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ricardo Girardello ¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo a análise na prática jurídico-processual da efetivação dos direitos fundamentais por meio do instituto processual denominado antecipação da tutela. De início breves apontamentos sobre os direitos fundamentais, para, após, demonstrar-se a possibilidade de colisão entre tais direitos. Tendo em vista a colisão, analisar-se-á a possibilidade de solução de tais conflitos, para então adentrar no estudo do princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais. Por fim, em dois tópicos, discorrer-se-á sobre o processo judicial como meio para efetivação dos direitos, especialmente por meio da antecipação dos efeitos da tutela.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais – Máxima Efetividade – Colisão de Direitos - Processo Judicial – Antecipação de Tutela.

SUMÁRIO: 1. Apontamentos sobre Direitos Fundamentais. 2. Possibilidade de Colisão de Direitos. 3. Solução dos Conflitos. 4. Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais. 5. O Processo como Meio de Efetivaros Direitos Fundamentais. 6. Antecipação de Tutela como Necessária a Efetivação dos Direitos Fundamentais. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

De início, indispensável breve referência a conteúdo já por demais esmiuçado em grande parte da doutrina constitucionalista, mas que, entretanto, possui função primordial na estruturação dos direitos fundamentais, qual seja, o relativo às gerações ou dimensões por que perpassaram tais direitos em determinado momento histórico.

Há quem prefira, e assim surgiu a classificação, em denominar gerações de direitos fundamentais, sendo que outros, a chama-las dimensões, classificações que, ao final, acabam por se complementar na medida em que surgem como gerações e permanecem ao longo da história como uma das dimensões dos direitos fundamentais.

O doutrinador Marcelo Novelino, assim referiu:

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais dado origem à classificação em

¹ Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Direito Público, nível especialização pela Universidade de Passo Fundo/RS.

gerações. Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo dimensão por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem. Enquanto o entendimento acerca dos direitos integrantes das duas primeiras dimensões já se encontra consolidado, em relação às demais, por serem recentes, ainda há grandes divergências doutrinárias(NOVELINO, 2008, p. 226-227).

Não sendo o objetivo do presente estudo o aprofundamento da origem histórica dos direitos fundamentais, restringir-se-a a relembrar que em uma primeira dimensão tem-se o que se denomina de direitos negativos ou de abstenção do Estado e dos demais indivíduos perante seu titular, originado do liberalismo francês. Em um segundo momento surgem os direitos à uma prestação por parte do Estado, como direitos positivos de segunda dimensão ou geração, para na sequência e sob intensa divergência classificatória, surgirem os direitos ligados à solidariedade, de terceira, quarta e, segundo alguns, até quinta geração, incluindo de início os direitos coletivos para após abranger os direitos a um meio ambiente equilibrado e demais nuances ligadas ao bem estar social nos mais variados aspectos.

José Afonso da Silva definiu tais direitos como:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2000, p. 182).

Com o surgimento de tais direitos, surgiram também dificuldades interpretativas e de aplicação aos casos concretos, na medida em que não há sujeito passivo determinado em tais relações jurídicas.

Nesse aspecto, refere Marcelo Novelino:

De acordo com o grau de influência dos direitos fundamentais, podem ser destacados três modelos: um que nega quaisquer efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e dois que sustentam a produção de efeitos, um de forma direta e outro apenas indiretamente (NOVELINO, 2008, p. 230-231).

Por ser a teoria de maior aceitação, segundo nomenclatura do doutrinador, aceita-se como pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais possuem eficácia direta e aplicabilidade imediata, tendo tal restado expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo, 1º.

Explicita o doutrinador em relação ao que denomina Teoria da Eficácia Horizontal Direta:

Defendida a partir da década de 50, a concepção que sustenta a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais teve Hans Carl Nipperdey como um de seus defensores pioneiros. Apesar de não ter obtido grande aceitação na Alemanha, é atualmente a teoria majoritária na Espanha, na Itália e em Portugal.

Nos termos desta concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade (NOVELINO, 2008, p. 233).

Desse modo, o que se deve ter claro, é que os direitos fundamentais existem como necessidades inatas dos seres humanos, ligados às suas necessidades básicas e que devem ser garantidos acima de tudo, somente podendo ceder em caso de existência de outro direitos também fundamental, conforme a seguir será analisado.

2. POSSIBILIDADE DE COLISÃO DE DIREITOS:

Tendo em vista a existência de vários direitos fundamentais, distribuídos em diversas gerações ou dimensões e com titulares diversos, não é rara a ocorrência de conflitos entre tais direitos, o que gera a necessidade de que intervenha-se, na maior parte das vezes por parte do Poder Judiciário, para estabelecer-se prevalência de uns em relação aos outros.

Marcelo Novelino muito bem elucida:

A concorrência de direitos fundamentais ocorre quando um comportamento de um mesmo titular se enquadra na hipótese (“tatbestand”) de mais de um direito fundamental. No cruzamento de direitos fundamentais um determinado comportamento é incluído no âmbito de proteção de mais de um direito, liberdade ou garantia. Na acumulação de direitos fundamentais um determinado “bem jurídico”, leva à aglomeração de dois ou mais direitos na mesma pessoa. Canotilho propõe como topos orientador para esta problemática o critério da especialidade ou, quando não houver a relação geral/especial, o da prevalência dos direitos fundamentais menos limitados e o da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro (NOVELINO, 2008, p. 241).

O mesmo doutrinador cita o metre Alexy, que refere:

Na colisão em sentido impróprio o exercício de um determinado direito fundamental entra em colisão com outros bens constitucionalmente protegidos, como os bens jurídicos da comunidade (“saúde pública”, “patrimônio cultural”, “defesa nacional” e “família”).

*A colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o “exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Esta colisão pode ser entre direitos fundamentais diferentes ou entre os aspectos negativo e positivo de um mesmo direito, como no famoso caso ocorrido na Alemanha conhecido como “decisão sobre o crucifixo”. (Um grupo de mórmons da região da Baviera, inconformado com a obrigação imposta pelo Estado de se sujeitarem, durante o período de aulas, a “aprender sob o pálio da cruz” ajuizou uma ação na qual o pedido era a retirada dos crucifixos colocados em escolas públicas. Apesar da grande maioria da população alemã daquela região ser católica, ao analisar a colisão entre a liberdade religiosa de caráter negativo dos não-cristãos e a liberdade de manifestação religiosa dos cristãos no âmbito das instituições estatais, o Tribunal Constitucional Federal proibiu o uso dos crucifixos nas escolas públicas levando em consideração, dentre outros aspectos, a neutralidade religiosa do Estado Alemão (ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, p. 3).*

No caso de colisão a solução dos conflitos deve ocorrer com base no juízo de ponderação (NOVELINO, 2008, p. 242).

Nesse diapasão, envolvendo conflitos de direitos fundamentais, o doutrinador por último citado, Alexy, muito bem elucida que há necessidade de distinguirem-se princípio de regras. Afirma o mestre que ambos fazem parte do gênero “normas”, mas que se diferenciam em variados aspectos, especialmente no que diz respeito a sua densidade jurídica e valorativa, sendo tal posicionamento originado de estudo do mestre Canotilho.

Muito bem traduz tal concepção o renomado doutrinador constitucionalista Paulo Bonvides:

Mas onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se por conseguinte no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: “um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (ungültig)”. Juridicamente, segundo ele,

uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que um cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Já, os conflitos de regras – assevera o eminente Jurista – se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor (BONAVIDES, 2003, p. 279-280).

Nesse aspecto, justamente, é que ingressa-se em um campo fértil para discussões, especialmente quanto o direito fundamental de um indivíduo colide com interesses ou princípios inerentes ao Poder Público.

Especificamente, nos casos concretos, tem-se verificado tal ocorrência em número acentuado quando litiga-se judicialmente postulando-se tutela do direito fundamental à saúde, mais especificamente à dignidade do ser humano que dependa de tratamentos médicos e medicamentosos que muitas vezes não pode suportar financeiramente.

Nessas ocasiões, não é raro que o poder público conteste a postulação sob o argumento de que haveria colidência de interesses, de um lado o direito fundamental do postulante e de outro o direito dos demais cidadão que devem ser garantidos pelo Estado. Este Estado, então, argumenta no sentido de que não poderia ser compelido à fornecer o tratamento de que necessita o indivíduo isoladamente, pois haveria ofensa ao direito dos demais, utilizando para tanto o famigerado e falacioso princípio da Reserva do Possível.

Aduz o poder público que não poderia ser compelido a tutelar o direito fundamental do indivíduo, pois financeiramente não possuiria estrutura para suportar a efetivação dos direitos de toda a população.

Falaciosa tal interpretação, uma vez que na ocorrência de colisão de princípios e regras ou de direitos fundamentais, conforme muito bem asseverou Alexy, citado por Bonavides, o de maior densidade jurídica deve se sobrepor, não para aniquilar o outro, mas para restringir-lhe a validade no caso concreto.

Resumindo, em confronto de tutela de saúde e manutenção do equilíbrio financeiro, não há dúvida que a saúde do indivíduo é imensuravelmente superior em valor no caso concreto.

Tal entendimento não significa atribuir desvalor à estrutura financeira estatal, uma vez que necessária a manutenção da própria existência do ente abstrato de que todos necessitam, mas significa direcionar a atuação de tal ente para as esferas onde os interesses em jogo dizem respeito às primeiras necessidades do ser humano, quais sejam, seus direitos fundamentais.

Muito bem refere Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (MORAES, 2003, p. 64).

Assim sendo, há que se buscar sempre a solução para tais espécies de conflitos ou colidência, visando em primeiro lugar a efetivação dos direitos fundamentais e, dentre estes, os que possuam densidade valorativa maior no caso concreto, seja em relação à outros titulares ou ao próprio Estado.

3. SOLUÇÃO DOS CONFLITOS:

Do restou até aqui explicitado, constata-se que há necessidade de encontrar-se maneira eficaz para solucionar os conflitos de direitos fundamentais, seja diretamente entre eles ou entre princípios e regras.

Hodiernamente, fala-se muito em proporcionalidade e razoabilidade ou, segundo definição mais abrangente, em ponderação de valores.

Segundo Marcelo Novelino:

A ponderação é uma técnica de decisão a ser usada para solucionar os casos difíceis (hard cases). As regras tradicionais de hermenêutica têm se revelado insuficientes para a solução das colisões entre princípios, cuja superação impõe restrições e sacrifícios a um ou a ambos os lados. Nas hipóteses em que os elementos clássicos e de hermenêutica constitucional não se mostram aptos a solucionar o problema, a ponderação tem sido proposta como mecanismo para a solução.(...)

Como abstratamente os princípios possuem o mesmo grau hierárquico somente diante das circunstâncias do caso concreto será possível verificar o peso de cada elemento e a intensidade da preferência. A relação de preferência de um princípio sobre o outro é condicionada porque em condições diversas o resultado pode ser diferente (NOVELINO, 2008, p. 245).

É exatamente o que ocorre na prática quando direitos fundamentais dos indivíduos colidem com interesses e princípios Estatais, embora tal colidência não

devesse ocorrer, uma vez que o Estado somente existe em função dos membros que o compõe.

Assim ocorrendo, surge a necessidade de interpretação da situação posta no caso concreto, interpretação essa que na maior parte dos casos resta atribuída, conforme já se referiu, ao Poder Judiciário, instigado a tanto, em grande parte das vezes, por instituições voltadas a defesa dos direitos humanos fundamentais, especialmente a Defensoria Pública do Estado, uma vez que atua na grande maioria dos feitos envolvendo efetivação de direitos fundamentais, como exemplo específico na tutela à saúde.

Necessária tal interpretação, que entretanto não é suprida por métodos simplórios e aplicáveis aos conflitos de direitos em tempos remotos, mas sim por técnicas modernas, dentre as quais já citou-se, encontra-se a ponderação.

Paulo Bonavides muito bem esclarece:

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinária aplicada à Lei do Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.

Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica.

(...)

Demais disso, é de observar que a hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny. Isto deriva da peculiaridade mesma imanente à estrutura normativa desses direitos fundamentais, que exigem, segundo Koch, “decisões de prioridade” ou primazia tais como “entre sua pretensão e tutela (Schutzanspruch) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo por via do legislador”

Continua o doutrinador:

A partir daí se coloca, obviamente, o recurso ao princípio da proporcionalidade, que também serve de apoio à metodologia da Nova Hermenêutica. (p. 593)

(...)

Mas há outros princípios também de considerável teor normativo, como o princípio da efetividade dos direitos funda-

mentais, cuja “força de irradiação” chega ao Direito Civil e faz, em razão disso, o Direito Privado, com os seus institutos, se tornar de certa maneira uma província do Direito Constitucional (BONAVIDES, 2003, p. 596).

Portanto, no caso concreto é que se verificará qual o direito ou princípio a sobrepor-se em relação a outro, de modo a possibilitar o máximo de efetividade aos direitos fundamentais, de acordo com a densidade valorativa no caso em questão.

4. MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Nessa linha de entendimento, constata-se que o foco central do presente estudo diz respeito a densidade valorativa dos direitos fundamentais no caso concreto, fazendo com que se chegue a uma conclusão que conduza a máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Há, neste aspecto, norma insculpida na própria Constituição Federal, sendo que, segundo Marcelo Novelino:

Ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), a Constituição consagrou o princípio da máxima efetividade impondo que na interpretação dos direitos fundamentais se atribua o sentido capaz de conferir a maior efetividade possível para que tais direitos realmente cumpram sua função social. Em outras palavras, o princípio da máxima efetividade impõe a preferência por opções que favoreçam a efetiva atuação dos direitos fundamentais, corroborando a adoção do modelo que sustenta a aplicabilidade direta às relações entre particulares (NOVELINO, 2008, p. 234-235).

Tal norma constitucional acarreta a existência de princípio interpretativo aplicável a tutela dos direitos fundamentais. Aduz o doutrinador por último referido, citando Luís Roberto Barroso:

Conhecido também como princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, impõe que na interpretação das normas constitucionais se atribua o sentido que lhes empreste a maior efetividade possível, a qual significa a realização do direito, “o desempenho concreto de sua função social” (Barroso, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, p. 220) (NOVELINO, 2008, p. 78).

Nesse ponto, consta-se que a teoria constitucionalista da superação dos conflitos entre direitos fundamentais e princípios fundamentais, possui aplicação prática na maior parte das vezes em uma relação jurídica denominada processo.

É no processo judicial que comumente encontra aplicação o princípio da ponderação e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, especialmente em feitos envolvendo tutela à saúde do ser humano.

5. O PROCESSO COMO MEIO DE EFETIVAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Embora não seja o ideal em termos de organização da sociedade, com criação de um ente abstrato denominado Estado, na prática, verifica-se ser comum o conflito de interesses entre tal ente e os indivíduos que o compõem e, mesmo havendo inúmeros atos normativos das mais variadas espécies, são impotentes na prática, a evitar ofensa aos direitos fundamentais.

Assim sendo, há necessidade de atuação firme e enérgica, na maior parte das vezes por instituições do próprio Estado, embora independentes e autônomas, como é o caso da Defensoria Pública, perante um dos poderes do mesmo Estado, qual seja, o responsável pela judicância, a fim de que se tenha a efetivação dos direitos básicos do indivíduo.

Tal somente pode ocorrer por meio de uma relação jurídica denominada Processo Judicial, que se desenvolve nem sempre do mesmo modo, mas sim de acordo com o rito ou procedimento adotado pelo legislador para a tutela do interesse no caso concreto.

Ocorre que, não é qualquer procedimento apto a proteger e efetivar direitos fundamentais, especialmente considerando-se o grau de essencialidade de tais para o ser humano, o que redundaria na exigência de celeridade em sua efetivação, sob pena de sucumbência do indivíduo em face das adversidades cotidianas.

Já de muito tempo se tem no Direito Processual a diferenciação de ritos, principalmente entre ritos denominados ordinário, sumário e especiais.

O rito ordinário foi concebido para ser a base de todo o procedimento, bem como para abarcar casos que demandam análise mais aprofundada de questões fáticas e jurídicas. Já o sumário, serve para casos de maior facilidade e rapidez na solução, além dos ritos especiais para situações que possuam peculiaridades que não poderiam ser protegidas pelos demais ritos.

Refere o mestre Ovídio Baptista:

Na verdade, todos os processos sumários – e a técnica de “sumarização” precisamente nisto consiste – operam um corte da totalidade do conflito, trazendo-o para o processo através de uma demanda que não o envolve em sua plenitude, de tal modo que determinados pontos ou questões litigiosas devem ficar “reservadas” para futuro exame em processo subsequente. E, se não todas, ao menos a grande maioria das ações especiais – além de apresentarem particularidades rituais que as fazem distintas do procedimento ordinário – correspondem também a pretensões de direito material de conteúdo menor do que as reais dimensões do conflito de interesse em que se acham envolvidos os litigantes (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 103).

Nesse sentido, e assim o era até bem pouco tempo, caso a parte necessite-se postular medidas peculiares ao caso concreto, especialmente envolvendo tutelas

de urgência, seria obrigada a utilizar o processo cautelar, ficando obrigada ao ajuizamento posterior de outra demanda, ou valer-se dos procedimentos específicos, únicos em que era possível a concessão de medidas de antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Ocorre que, os casos de procedimentos especiais são taxativos, aplicando-se somente aos casos especificados pelo legislador.

Em assim sendo, grande parte das demandas ficavam alheias a possibilidade de obter-se uma antecipação dos efeitos da tutela pretendida, o que acabava por causar, muitas vezes, o mesmo prejuízo do que não ter ajuizado a demanda.

Tal cenário modificou-se com o passar do tempo, referindo Ovídio Baptista que:

Hoje, porém, transcorridos alguns anos, regressamos às formas especiais de tutela jurisdicional, indicadas pelos processualistas como espécies de “tutela diferenciada”, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente o “assegure”, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente “instrumental” do processo (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 104).

Repare-se que o doutrinador, na citação retro, refere-se ao retorno aos casos de tutela diferenciada, não necessariamente de procedimentos diferenciados dos demais.

Referindo-se ao antigo modelo de ritos processuais, o mesmo doutrinador com sua peculiar forma de se expressar, refere:

É por este ângulo, precisamente, que os defeitos e inconveniências do procedimento ordinário mais se destacam, porque, além de sua natural morosidade – que o transforma em instrumento processual de índole conservadora, enquanto preserva, às vezes por longos e longos anos, o status quo anterior a propositura da demanda –, funda-se ele igualmente num outro princípio herdado do liberalismo do século XIX, qual seja a existência de um magistrado destituído de poderes para intervir no objeto litigioso, dando-lhes, através de decisões liminares, alguma forma de disciplina provisória enquanto a demanda se processa.

(...)

Resumindo: o procedimento só é ordinário porque – ao seguir-se a ordem natural dos juízos (ordo judiciorum privatorum) – riscam-se dele tomadas de decisões liminares, por meio das quais poderia o magistrado eventualmente dar disciplina provisória aos fatos da lide, ou mesmo antecipar-lhe, como acontece, por exemplo, com as liminares dos processos interditais, o resultado final da provável sentença de procedência. A inserção de uma decisão liminar transformaria, por si só, o procedimento de ordinário especial.

Por outro lado, consistindo toda técnica de sumarização processual, em última análise, na criação de formas procedi-

mentais por meio das quais se inverte o contraditório através de decisões liminares, fica entendido que o procedimento, além de ordinário, sob o ponto de vista formal, é também o instrumento idôneo para veicular as demandas plenas (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 108-109).

Refere-se o doutrinador as técnicas de sumarização processual. Ora, tais técnicas não consistem necessariamente em restringir o âmbito de discussões de conflitos no processo, mas sim, de fazer com que o processo judicial seja eficaz, e tal pressupõe que seja no tempo adequado, na satisfação do interesse buscado, pois, conforme já se referiu em outros tempos, justiça tardia quase sempre traduz-se em injustiça.

Ou seja, com a moderna sumarização do procedimento, não restringiram-se as matérias a serem discutidas nem a instrução probatória, apenas permitiu-se que a questão controvertida seja decidida, embora provisoriamente, já no início da ação ou antes da decisão final, a qualquer momento, o que se denominou antecipação dos efeitos da tutela.

Tratando da finalidade que deve o processo colimar, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam:

Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles preciosos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos e normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo) (CINTRA, GRINOVER, DINMARCO, 2000,

Desse modo, a preocupação cerne de tal estudo, é buscar demonstrar que há íntima ligação entre o princípio da Máxima Efetivação dos Direitos Fundamentais e o instituto processual da antecipação de tutela, conforme a seguir será visto.

6. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Do que restou até o momento explicitado, constata-se que a dificuldade na obtenção da tutela judicial é um dos principais empecilhos à efetivação dos direitos, especialmente dos Direitos Fundamentais.

Assim sendo, muito bem andou o legislador brasileiro por meio das Leis. 8.952/1994 e 10.444/2002, modificando o artigo 273 do Código de Processo Civil, a permitir a antecipação dos efeitos da tutela no procedimento ordinário.

Com isso, passou-se a não mais depender de procedimentos especiais ou de processos cautelares para a obtenção da tutela antes da decisão final ou de prevenção, o que ocorria anteriormente, cabendo, a partir de então, a antecipação dos efeitos da tutela no próprio processo de conhecimento, pelo rito ordinário.

O que surgiu de fato, a partir da aceitação de medidas antecipatórias de tutela no processo de conhecimento pelo rito ordinário, foi o que a doutrina denomina “desordinarização” ou, por outro aspecto, “sumarização” dos procedimentos, não no sentido de reduzir a possibilidade de discussão de demandas, mas sim de torná-los eficazes na tutela de direitos.

De acordo com os ensinamentos de Ovídio Baptista:

O legislador da reforma, ao redigir o art. 273, dispôs sobre a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos, entendidos estes como as consequências geradas pela sentença que acolher o pedido, formulado pelo autor, o que é diferente da faculdade eventualmente concedida ao juiz de, em vez de efeitos, antecipar julgamento, proferindo sentença liminar de mérito. Na verdade, evitou o legislador aludir à antecipação dos efeitos da sentença de procedência. Mas é evidente que antecipar “efeitos da tutela pretendida pelo autor” corresponderá sempre a antecipar efeitos da sentença de procedência (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 122).

E mais do que somente buscar a efetivação de direitos, há que se obter a tutela de maneira célere e, para tanto, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela é de capital importância na garantia dos direitos fundamentais, direitos esses que estão em primeiro grau no nível de hierarquia de interesses aos seres humanos sendo que, na maior parte das vezes, demandam atuação enérgica e rápida por parte do Estado, sob pena de não tornarem-se eficazes.

Nesse sentido Humberto Theodoro Jr. Demonstra preocupação com a celeridade processual:

A propósito, convém ressaltar que se registra, nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar destinada a assegurar efetividade do resultado final do processo principal deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 401).

Tal situação deve ser transportada para dentro do processo judicial, fazendo-se com que o já mencionado princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais seja também incluído como princípio a reger o Direito Processual.

Não há razão alguma para que se busque o aperfeiçoamento do processo judicial, enquanto não restar o princípio antes referido reconhecido como fundamental ao desenvolvimento da relação jurídica processual.

Ou seja, há que se retomar de forma enérgica a interpretação do Direito Processual como instrumento para efetivação dos Direitos Materiais, especialmente dos Direitos Fundamentais, por meio do princípio da Instrumentalidade das Formas e dos Atos Processuais.

Muito bem esclarece Ovídio, citando outros doutrinadores:

*Contrariando as posições teóricas até agora dominantes, os processualistas voltam a preocupar-se com outros dois valores fundamentais, inerentes à tutela processual: a garantia da efetividade dos direitos subjetivos e das demais situações protegidas pelo direito e o desenvolvimento de novas formas de tutela preventivas e até mesmo “promocionais”, em vez de confinar a jurisdição a seu papel tradicional de órgão sancionador para condutas violadoras da lei (GIOVANI VERDE, *Unicità e pluralità dirittine* nel processo civile, *Rivista di diritto processuale*, p. 663; DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, PP. 47 e 59).*

Estas modernas exigências do direito processual civil, com respeito à obtenção de uma justiça rápida e capaz de tornar efetivo o direito material, como lembra DENTI (Um progetto per La giustizia civile, p. 263 e 299), recordando uma oportuna observação de GINO GORLA, levando-nos a restaurar as antigas formas de processos sumários anteriores à Revolução Francesa, fato, aliás, observado também por ROGER PERROT, a propósito do crescimento moderno descomunal da “jurisdiction des référés” (Rivista di diritto processuale, p. 248).

Como diz J. C. BARBOSA MOREIRA, “se o processo é o instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquela que produziria a atuação espontânea das normas substanciais” (Temas do direito processual, Terceira Série, p. 3), porque, diz o aludido escritor, “toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca” (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 111-112).

Tais questões, embora sejam de peculiar simplicidade, ou seja, o processo deve e assim foi concebido para ser apenas um meio de solução das controvérsias entre sujeitos de direitos, sejam particulares ou particulares e poder público, como sói acontecer quando desrespeitados Direitos Fundamentais, na doutrina processualista tradicional, ressaltando-se, sem dúvida, doutrinadores preocupados com o resultado prático da tutela jurisdicional, em sua grande maioria concebem o Direito Processual como um fim e si mesmo, dando maior valia as questões técnico-processuais do que ao objeto do processo.

Nesse aspecto, constata-se, na prática, defesas veiculadas em processos judiciais, muitas vezes pelo próprio Poder Público, onde o foco central não é a discussão quanto do objeto do litígio, direito fundamental por exemplo, mas sim quanto às questões técnico-processuais, fazendo com que o feito arraste-se por longo tempo na discussão de tais questões de somenos importância.

Não se olvide, é claro, que o processo judicial é sem dúvida fundamental à efetivação dos direitos processuais e seus requisitos e elementos mínimos devem ser respeitados, sob pena de não se ter sequer o mínimo da já tão desacreditada segurança jurídica, bem como direitos fundamentais ligados à defesa.

Mas o que não se pode, é sobrepor ao direito material a forma, pois assim o que se terá é mero formalismo inútil e impeditivo da efetivação máxima dos direitos fundamentais.

Com a aceitação da antecipação dos efeitos da tutela no processo judicial sob o rito ordinário, superou-se em grande parte tal problemática, especialmente, como exemplo, em ações de tutela à saúde do ser humano que, hodiernamente, obtém com certa rapidez a garantia de seu direito fundamental a vida.

Nesse sentido:

Segundo se diz, se a função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, devera ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões do direito material encontrarem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quando possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, as mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório.

A partir desta ideia básica, busca-se hoje, tanto no campo doutrinário quanto na prática judiciária, desenvolver formas especiais de procedimentos sumários por meio dos quais a ordem jurídica assegure a realização efetiva de cada direito subjetivo, protegendo-o, quando necessário, através de alguma forma de tutela preventiva. A recente forma introduzida em nosso Código de Processo Civil, como veremos mais adiante, introduziu, no processo de conhecimento, uma liminar antecipatória que atende a esta exigência, quebrando, dissimuladamente, a tirania da ordinariade, não obstante a doutrina assim não o considere; e a estrutura do procedimento ordinário seja mantida, através do entendimento de que essas liminares são provimentos sobre a lide (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 112).

Retornando ao que se referiu anteriormente, em se tratando de direitos fundamentais é comum a ocorrência de conflitos entre mais de um titular e de um direito, conflito que deverá ser solucionado com base nas técnicas já apontadas, especialmente a ponderação em relação ao valor que possuam no caso concreto.

A fim de efetivar os direitos fundamentais por meio de decisões antecipatórias dos efeitos da tutela, haverá muito corriqueiramente a colidência de interesses e direitos. No caso da tutela à saúde, o direito a vida digna por parte de um titular e o direito dos demais indivíduos por meio da manutenção do equilíbrio financeiro do Estado que, não raras vezes utiliza o argumento de que o deferimento do pedido da parte ofenderá o famigerado princípio da Reserva do Possível.

Ou seja, não sendo possível financeiramente satisfazer o direito fundamental do postulante sem ofender outros interesse, não haveria obrigação do Estado em fornecer medicamento por exemplo.

Tal tese vigorou por um tempo impedindo que a população obtivesse efetivação de seus direitos fundamentais, pois, não havendo possibilidade de antecipação da tutela, quando ao final, após longa discussão o Magistrado entendida por afastar o argumento do ente público, muita vezes já era tarde para efetivação do direito fundamental.

Com a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, tal restou superado, uma vez que independentemente de discussões teóricas, o indivíduo poderá obter desde já a garantia de seu direito fundamental.

Assim, embora não se diga expressamente, o Direito Processual acabou por acolher o princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais, conforme se constata na prática, com interpretações, quase sempre, em favor da pessoal que sofre ofensa ou ameaça à direito fundamental.

Com peculiar clareza, Luiz Rodrigues, Flávio Renato e Eduardo Talamini discorrem:

Hoje, à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, se entende que o direito à prestação jurisdicional é o direito a um prestação efetiva e eficaz. Na verdade, pouco importa se tenha sido concedida por meio de sentença transitada em julgado.

(...)

O princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, de que decorre o direito à prestação da tutela jurisdicional, está hoje formulado expressamente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Por isso é que se afirma, com acerto, que a tutela antecipada consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz.

A função da tutela antecipada é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela.

(...)

As alterações introduzidas no CPC pela reforma de 1994 envolveram, sem dúvida, certa dose de risco. Mas era um risco que precisava ser corrido, em prol de um processo apto a gerar resultados mais adequados. Reputou-se ser maior o

risco de injustiças derivadas de uma resposta jurisdicional intempestiva do que o risco de injustiças advindo da incorreta antecipação de tutela. Ademais, para diminuir esse segundo risco, estabeleceram-se precisos pressupostos e condições para a antecipação de tutela (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2005, p. 329).

Retornando ao que se referiu no início do presente estudo, o princípio da proporcionalidade, também conhecido constitucionalmente como a técnica da ponderação de valores, possui ampla abrangência no ordenamento jurídico, fazendo com que sua aplicação no âmbito do direito material e processual reafirme a necessária dependência do primeiro em relação ao segundo, ou seja, de que o processo existe para efetivar o direito material posto em discussão.

Ocorre que, não só entre os direitos materiais, especialmente os fundamentais, deve haver aplicação da técnica de ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade, mas também no processo judicial, uma vez que sua finalidade é satisfazer o primeiro.

Nesse sentido, muito bem referem os doutrinadores por último referidos:

Ainda assim, em certos casos, cabe aplicar o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade recomenda que, ainda que estejam em jogo um interesse rigorosamente não-indenizável, devam ser ponderados os valores em jogo, e, em função dessa ponderação, eventualmente, conceder-se a antecipação.

(...)

O princípio da proporcionalidade é uma das respostas que se pode dar à tentativa de se solucionar o confronto rapidez-segurança, gerado pela possibilidade de que medidas concedidas com base na plausibilidade do direito não fiquem presas à necessidade de reversibilidade (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2005, p. 337).

Assim, há que se entender que deverá sempre prevalecer o direito fundamental posto em discussão no processo, em detrimento da própria formalística, sob pena não se observar o princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais.

A cumpro tal princípio está necessariamente a necessidade de obter-se meios eficazes de tutela dos direitos, o que sem dúvida vem a ocorrer com a antecipação de tutela, tendo em vista sua característica mandamental: Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr.:

É importante lembrar que, de acordo com o novo inciso V do art. 14 do CPC, introduzido pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001, as partes têm o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à

efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final”. Isto quer dizer que, em tema de tutela de emergência, como se dá com a antecipação de tutela, os provimentos são de execução imediata, podendo o juiz usar dos meios a seu alcance para efetivas as medidas de urgência, de plano. Não há necessidade de submeter-se às regras da actioiudicati. As ordens judiciais serão de cumprimento direto e imediato, sob pena de desobediência e emprego de força policial, se necessário (THEODORO JÚNIOR, 2006p. 407).

Do que até o momento restou explicitado, resta evidente que o princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais está intimamente relacionado, no âmbito do processo judicial, ao princípio da Instrumentalidade dos Atos e Forma Processuais, bem como com o da Proporcionalidade, todos eles levando o legislador, os interpretes e Magistrados a aceitar que “Justiça tardia quase sempre implica em injustiça”, ou seja, a colocar-se a antecipação da tutela como primordial na garantia dos Direitos Fundamentais.

Desse modo, constata-se a íntima ligação entre Direito Constitucional e Direito Processual Civil, além dos casos já explicitamente referido pela própria Carta Magna.

7. CONCLUSÕES:

Do estudo realizado, constata-se que uma das maiores preocupações do Direito moderno diz respeito à obtenção de efetividade prática das disposições jurídicas, no sentido de que os indivíduos que pelo ordenamento jurídico devem ser protegidos, inclusive uns dos outros e do próprio estado, muitas vezes encontram óbices justamente na sistemática implantada por esse mesmo ordenamento que, os impede de alcançar a tutela pretendida.

Desse modo, há que se voltar o estudo e as preocupações para tal ponto, qual seja, o ordenamento jurídico tendo por principal característica a função instrumental de meio para obtenção das tutelas de que os indivíduos necessitam, especialmente na garantia de seus direitos fundamentais.

Por ser o principal instrumento do ordenamento jurídico, o processo judicial deve servir a tal fim, ou seja, deve servir para a efetivação dos direitos fundamentais.

Ocorre que, o processo, de acordo com o que se entendia até bem pouco tempo, não possuía medidas aptas a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os relacionados à tutela de saúde e dignidade da vida humana.

Tal restou superado com a possibilidade de obtenção pelo indivíduo de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, na medida em que os direitos fundamentais, em sua grande maioria, se não garantidos de maneira célere e por vezes até imediata, fazem com que não mais o possam ser.

Chega-se assim a conclusão de que o processo judicial, por meio do instituto da Antecipação dos Efeitos da Tutela, é instrumento que possui efeito prático