

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: visão formal e a Aplicação  
da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência**

**ANDRÉA MORGADO DIETRICH**

**Itajaí, março de 2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: visão formal e a Aplicação  
da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência**

**ANDRÉA MORGADO DIETRICH**

Dissertação submetida à Universidade  
do Vale do Itajaí – UNIVALI, para  
obtenção do grau de Mestre em  
Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Moacyr Motta da Silva**

**Itajaí [SC], março de 2006**

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus filhos **Eduardo, Mariana e Leonardo**, razão da minha existência, motivo de muito orgulho e de intensa felicidade, e à minha irmã e amiga **Bia**, cujo apoio incondicional e presença constante permitiu-me o aprimoramento da vida acadêmica.

## AGRADECIMENTOS

- Aos meus pais, **Kalef e Filomena**, meus irmãos, **Flávio, Beatriz e Leandro**, meus cunhados **Suzi, Gaspar e Michelle**, meus sobrinhos **Rodrigo, Bruno e Flávia, Isabela, Daniela e Laura, Victor e Gabriel** e minha nora **Bárbara**, por formarem, junto aos meus, uma linda família, tornando os dias mais serenos e felizes;
- Ao pai dos meus filhos e eterno amigo, **Eduardo**, pelo apoio e debates sempre produtivos;
- A **Goreti**, por suprir minha ausência no lar e permitir a realização dos meus sonhos com tamanha tranqüilidade;
- Aos amigos **Maurílio e Luciana**, por toda consideração e companheirismo;
- A minha amiga **Luiza**, por compartilhar comigo momentos de muito valor;
- Ao colega de Mestrado, **Henry Goy Petry Júnior**, parceiro de aflições e alegrias, pelo estímulo constante;
- Ao meu Orientador Professor Doutor **Moacyr Motta da Silva**, atencioso e brilhante orientador, que me conduziu por caminhos seguros;
- Ao Desembargador **Victor José Sebem Ferreira**, pela colaboração ao partilhar valioso material para a Pesquisa;
- Ao Professor **Clóvis Demarchi** e ao colega **Fábio Schlickmann**, pelo apoio e suporte metodológico;
- A todos aqueles que me incentivaram e, em especial a quem, mesmo em silêncio, distante ou presente, serve-me de inspiração natural na busca de dias melhores.

**“Vivemos esperando  
Dias melhores**

Dias de paz, dias a mais  
Dias que não deixaremos para trás  
Vivemos esperando  
O dia em que seremos melhores  
Melhores no amor, melhores na dor  
Melhores em tudo  
Vivemos esperando  
O dia em que seremos para sempre  
Vivemos esperando  
Dias melhores para sempre  
Vivemos esperando  
Dias melhores  
Dias de paz, dias a mais  
Dias que não deixaremos para trás  
Vivemos esperando  
O dia em que seremos melhores  
Melhores no amor, melhores na dor  
Melhores em tudo  
Vivemos esperando  
O dia em que seremos para sempre  
Vivemos esperando  
Dias melhores para sempre.”

**Dias Melhores, de ROGÉRIO FLAUSINO**



## **DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica [CPC/UNIVALI], a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí, março de 2006**

**Andréa Morgado Dietrich  
Mestranda**



## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>IX</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>X</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>5</b>
<b>O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: ASPECTOS FORMAIS .....</b>	<b>5</b>
<b>1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO TEÓRICO DE ACESSO À JUSTIÇA: DO MERO INGRESSO AO PODER JUDICIÁRIO A UM DIREITO SOCIAL BÁSICO .....</b>	<b>8</b>
<b>1.2 PRINCIPAIS OBSTÁCULOS AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>12</b>
<b>1.3 NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA .....</b>	<b>24</b>
<b>1.4 ACESSO À JUSTIÇA E FORMALISMO PROCESSUAL: A EFETIVIDADE PELA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO .....</b>	<b>31</b>
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>41</b>
<b>FUNGIBILIDADE E TUTELAS DE URGÊNCIA .....</b>	<b>41</b>
<b>2.1 FUNGIBILIDADE: CONCEITOS E FUNDAMENTOS .....</b>	<b>41</b>
<b>2.2 TUTELA JURISDICIONAL E TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA .....</b>	<b>47</b>
<b>2.3 TUTELA ANTECIPADA GENÉRICA .....</b>	<b>53</b>
<b>2.4 TUTELA CAUTELAR.....</b>	<b>71</b>
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>79</b>
<b>PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: VISÃO FORMAL E APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....</b>	<b>79</b>
<b>3.1 A FUNGIBILIDADE COMO GARANTIA DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA</b>	<b>79</b>
<b>3.2 APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA: VISÃO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>81</b>
<b>3.3 APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA: VISÃO DOUTRINÁRIA.....</b>	<b>91</b>
<b>3.4 FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DA APLICAÇÃO CONCRETA DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....</b>	<b>96</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>103</b>

<b>REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS .....</b>	<b>108</b>
<b>ROL DE LEIS UTILIZADAS .....</b>	<b>113</b>
<b>ROL DE JULGADOS UTILIZADOS.....</b>	<b>115</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>119</b>

## RESUMO

A presente Dissertação trata da aplicação da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência, a partir da concepção formal do Princípio do Acesso à Justiça. Nesta linha, buscou-se desenvolver Pesquisa voltada à investigação dos fundamentos que justificam a incidência da Fungibilidade tutelar, de sorte a tornar a atividade jurisdicional mais eficaz e efetiva, sem prejuízo do formalismo necessário à garantia da regularidade procedimental. A abordagem tem início com a evolução teórica do conceito de Acesso à Justiça, desde sua noção como mero ingresso ao Poder Judiciário até alcançar a posição de um Direito Social Básico. Foram apontados os principais obstáculos à acessibilidade e seu enfoque atual. Tratouse ainda, de forma específica, sobre o Acesso à Justiça e o formalismo processual relacionados à obtenção da efetividade por intermédio da visão instrumental do processo. Enfocou-se, na seqüência, as categorias da Fungibilidade e das Tutelas de Urgência, institutos relacionados com a efetividade processual e com o conseqüente Acesso à Justiça. Por fim, desenvolveu-se estudo jurisprudencial e doutrinário sobre a aplicação da Fungibilidade entre as tutelas de urgência, a fim de identificar os fundamentos autorizadores da sua incidência e, por conseguinte, sua exata extensão. Inobstante a distinção técnica das espécies – tutela cautelar e tutela antecipada – formadoras do gênero tutelas de urgência, verificou-se a ocorrência, em certos casos, de dúvida objetiva quanto à natureza da medida a ser pleiteada, assim como o instrumento processual adequado à sua obtenção. Tal incerteza, objetiva, é o que justifica a incidência plena da Fungibilidade tutelar, uma vez presentes, ainda, os requisitos pertinentes à providência pleiteada. Desta feita, mantém-se a coerência com o novo sentido de Acesso à Justiça, garantindo-se, pela instrumentalidade, a efetividade processual, além da preservação do formalismo necessário à regularidade procedimental. Quanto à metodologia, utilizou-se na Investigação, o Método Indutivo; no Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e, no Relatório dos Resultados, a base lógica é a Indutiva, com o apoio das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Fungibilidade, Tutela de Urgência

## ABSTRACT

The present dissertation is about the application of fungibility among Urgency Guardianships from the formal conception of the Principle of Access to Justice. In this line of thought, we have carried out Research on the investigation of the foundations that justify the incidence of tutelary fungibility, so as to make the jurisdictional activity more effective and efficient, with all the due formality necessary to guarantee procedural regularity. The approach starts with the theoretical evolution of the concept of Access to Justice, from its notion as mere entrance to the Judiciary Power to reaching the position of a Basic Social Right. The main obstacles to the accessibility have been outlined, as well as their current focus. We have also specifically dealt with the Access to Justice and procedural formalism related to obtaining effectiveness through the instrumental view of the process. Following, we have focused on the categories of fungibility and Urgency Guardianship, institutes related to procedural effectiveness and the consequent Access to Justice. Finally, we have developed a jurisprudential and doctrinary study on the application of Fungibility among the urgency guardianships, in order to identify the foundations that authorize its incidence, and consequently, its exact range. Notwithstanding the technical distinction of the species - precautionary guardianship and anticipated guardianship – deviser of the genre urgency guardianship, we have noticed the occurrence - in some cases, of objective doubt concerning the nature of the measure to be pleaded, as well as the procedural instrument proper to its obtainment. Such uncertainty, objective, is what justifies the thorough incidence of tutelary Fungibility, once present, yet, the requisites concerning the pleaded providence. Therefore, coherence with the new meaning of Access to Justice is kept, assuring, by its instrumentality, procedural effectiveness, besides the preservation of formalism necessary to procedural regularity. As far as methodology is concerned, we have used Investigation and Inductive Method; for Data treatment, the Cartesian Method and, in the Result Report, the logical basis is inductive, with support of Referent, Category, Operational Concept and Bibliographic Research Techniques.

Categories/Key-words: Access to Justice, Fungibility, Urgent Guardianship, Precautionary Guardianship and Anticipated Guardianship.

## INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como objeto<sup>1</sup> o Princípio do Acesso à Justiça: visão formal e a aplicação da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência.

O seu objetivo institucional é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica- CPCJ/UNIVALI.

Possui, como objetivo geral, investigar os fundamentos que justificam a incidência da Fungibilidade tutelar, a partir da visão formal do Princípio do Acesso à Justiça e, como objetivos específicos, analisar o sentido atual de Acesso à Justiça; pesquisar o instituto da Fungibilidade; estabelecer as similitudes e distinções entre as Tutelas de Urgência e verificar a extensão da aplicação da Fungibilidade entre as medidas cautelar e antecipada.

Isto porque, a fim de atender o Princípio do Acesso à Justiça, em seu sentido mais amplo, a Lei Processual vem recebendo uma série de reformas, com o aprimoramento dos seus institutos ou criação de novas técnicas, visando obter uma maior efetividade dos provimentos jurisdicionais.

A dificuldade na aplicação desses institutos, aprimorados ou criados, constitui igualmente um entrave à efetiva prestação jurisdicional, correspondendo também a um obstáculo ao Acesso à Justiça.

Portanto, tanto a ausência de determinado instituto, quanto a incerteza no que se refere à sua aplicação, podem constituir um impeditivo à realização dos direitos.

---

<sup>1</sup> Nesta introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC, 2003. especialmente à p. 170-181.

Vê-se assim, que não basta a criação ou o aprimoramento de determinada técnica ou instrumento processual, sem que se tenha conhecimento da sua real e efetiva aplicabilidade no caso em concreto.

O que se pretende, através desta Pesquisa, é demonstrar que o próprio Princípio do Acesso à Justiça, ao mesmo tempo em que informa a necessidade de se adotar mecanismos ágeis e efetivos da prestação jurisdicional, também serve de medida para a sua respectiva aplicação.

É que o sentido do novo enfoque do Acesso à Justiça vem marcado pela tentativa de superação de dificuldades que tornam inacessíveis a reivindicação dos direitos, dentre elas, os problemas ligados ao processo e procedimentos utilizados para a solução dos conflitos. Surge assim, o formalismo processual, como um dos entraves à efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Assim, ao expressar o sistema processual civil a possibilidade de aplicação da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência, cautelar e antecipatória, quer eliminar justamente o formalismo combatido pela acessibilidade, ou seja, aquele considerado exagerado, nocivo ao processo e à efetivação dos direitos de todos.

A tarefa, portanto, consiste em investigar os fundamentos que autorizam a incidência da Fungibilidade no âmbito das Tutelas de Urgência, e a partir daí sua extensão prática, mantendo-se coerência com o sentido do novo enfoque de Acesso à Justiça. Para atender ao propósito, torna-se necessário o estudo dos vários institutos que integram o exercício da tutela jurisdicional.

O primeiro Capítulo congrega peculiaridades sobre o Princípio do Acesso à Justiça, privilegiando-se, na Pesquisa, o seu aspecto formal, afeto ao âmbito processual. Aborda-se a evolução do conceito de Acesso à Justiça, desde a noção como mero ingresso ao Poder Judiciário até sua concepção de um Direito Social básico, assim como os fatores considerados impeditivos à efetiva acessibilidade. Fez-se, ainda, abordagem específica sobre o Acesso à Justiça e o formalismo processual relacionados à obtenção da efetividade por intermédio da visão instrumental do processo.

O segundo Capítulo restou reservado ao tratamento individualizado das categorias da Fungibilidade e das Tutelas de Urgência, institutos relacionados com a efetividade processual e com o conseqüente Acesso à Justiça.

O terceiro e último Capítulo foi destinado à verificação do comportamento jurisprudencial e das posições doutrinárias sobre a aplicação da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência, a fim de identificar os fundamentos autorizadores da sua incidência e, por conseguinte, sua exata extensão. A investigação que se elabora acerca da incidência da Fungibilidade tutelar é realizada a partir do atual sentido de Acesso à Justiça, mormente no que se refere ao formalismo e à efetividade processual.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões. Ao adentrar no campo das perspectivas, busca-se a conscientização de que o direito processual, por sua natureza instrumental, deve constantemente ser aperfeiçoado, de sorte a viabilizar, de modo pleno e efetivo, a realização dos direitos, sem prejuízo do formalismo necessário à garantia da regularidade procedimental.

No estudo, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O formalismo processual exagerado é considerado um fator impeditivo do efetivo Acesso à Justiça, tornando-se necessária a adoção de medidas e técnicas que visem resgatar a real finalidade do processo, em uma visão instrumentalista de meio destinado à realização do Direito.

b) A Fungibilidade e as Tutelas de Urgência são institutos relacionados com a efetividade processual e com o conseqüente Acesso à Justiça. A Fungibilidade é Princípio integrante do Sistema Processual, possuindo requisitos próprios que justificam a sua incidência. Inobstante a distinção técnica das espécies – tutela cautelar e tutela antecipada – formadoras do gênero Tutelas de Urgência, existe, em certos casos, incerteza quanto à natureza da medida a ser pleiteada, dificultando a escolha do instrumento processual adequado à satisfação da pretensão respectiva.

c) A incidência da Fungibilidade tutelar deve ser operada de forma plena, desde que existentes os requisitos próprios da medida postulada, além da verificação da ocorrência de dúvida objetiva quanto à providência de urgência pleiteada, uma vez considerado que o novo enfoque do Acesso à Justiça não corresponde ao abandono total da forma processual estabelecida, mas apenas repulsa o formalismo exagerado.

Para perseguir esse desiderato, em pesquisa de investigação assentada no Método<sup>2</sup> Indutivo<sup>3</sup>, utilizou-se, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano e o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as técnicas<sup>4</sup> do referente<sup>5</sup>, da categoria<sup>6</sup>, dos conceitos operacionais<sup>7 8</sup> e da Pesquisa Bibliográfica.

Enfim, convém ressaltar que seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados ao longo do texto, nos momentos oportunos.

---

<sup>2</sup> “Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados” (PASOLD, 2002, p. 104).

<sup>3</sup> “Pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral: este é o denominado Método indutivo” (PASOLD, 2002, p. 104).

<sup>4</sup> “Técnica é um conjunto diferenciado de informações, reunidas e acionada em forma instrumental, para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas de pesquisa” (PASOLD, 2002, p. 107).

<sup>5</sup> “REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, 2002, p. 241).

<sup>6</sup> “CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia” (PASOLD, 2002, p. 229).

<sup>7</sup> “CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas” (PASOLD, 2002, p. 229).

<sup>8</sup> A indicação dos conceitos operacionais das categorias básicas inseridas no texto é necessária à exata compreensão do tema, convolvendo-se em ferramenta imprescindível ao alcance dos objetivos traçados.



## CAPÍTULO 1

### O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: ASPECTOS FORMAIS

Um dos desafios atuais do pensamento jurídico sobre o exercício da Jurisdição, passa, fundamentalmente, por uma reflexão do que se entende por Acesso à Justiça.

O Princípio do Acesso à Justiça, igualmente conhecido como o Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tem sua origem, no direito brasileiro, a partir da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, ao estabelecer, em seu artigo 141<sup>9</sup>, a proibição de exclusão de qualquer lesão ou ameaça de direito individual da apreciação do Poder Judiciário.<sup>10</sup>

Em tal momento, somente havia a previsão constitucional de Acesso à Justiça para a defesa de lesão ou ameaça a um direito individual.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aumentou significativamente o alcance de tal controle, ao estender, em seu artigo 5º, inciso XXXV<sup>11</sup>, a garantia de apreciação pelo Poder Judiciário a toda lesão ou ameaça de direito, não somente de cunho individual.

Segundo Bezerra<sup>12</sup>, “Essa garantia não se restringe mais a direitos individuais, como na anterior Carta Constitucional, estendeu-se a qualquer direito”.

---

<sup>9</sup> “Art. 141 - a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito individual”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: Home Page Senado Federal -<http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/>. Acesso em: 22/09/2004.

<sup>10</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 101/102

<sup>11</sup> “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 22/09/2004.

<sup>12</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. p. 102/103

É de se registrar que quando se trata de Acesso à Justiça, deve-se ter em mente que sua concepção revela múltiplas faces de uma garantia constitucional que abrange tanto um aspecto material, voltado ao reconhecimento e exercício dos direitos da própria Cidadania<sup>13</sup>, quanto um aspecto formal, vinculado ao processo e ao procedimento como via de obtenção da prestação da Tutela Jurisdicional.

Mais do que um princípio, o Acesso à Justiça surge como síntese de todos os princípios e garantias do processo, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, em sede legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Diante de tal percepção, a idéia de Acesso à Justiça como pólo metodológico mais importante do atual sistema processual, resta alcançada mediante o exame de qualquer um dos grandes princípios.<sup>14</sup>

É possível destacar, diante da abrangência da expressão, dois sentidos bem definidos, o primeiro concebendo o termo Justiça como sinônimo de Poder Judiciário, momento em que o Acesso seria a possibilidade de ingresso ao Judiciário e o segundo, a partir de uma visão axiológica do termo Justiça, que concebe o Acesso como o alcance a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais.<sup>15</sup>

A primeira concepção de Acesso à Justiça como ingresso ao Poder Judiciário estaria de certa forma inserta no segundo conceito, de Acesso à

---

<sup>13</sup> “A cidadania tem dois aspectos: (1) o institucional, porque envolve o reconhecimento explícito e a garantia de certos direitos fundamentais, embora sua institucionalização nunca seja constante e irreduzível; (2) e o processual, porque as garantias civis e políticas, bem como o conteúdo substantivo, social e econômico, não podem ser vistos como entidades fixas e definitivas, mas apenas como um processo em constante reafirmação, com limiares abaixo dos quais não há democracia. Democrático, no sentido liberal, é o país que, além das garantias jurídicas e políticas fundamentais, institucionaliza amplamente a participação política”. Leituras cotidianas nº 129, 20 de janeiro de 2005 - [http://geocities.yahoo.com.br/mcrost07/20050120a\\_cidadania.htm](http://geocities.yahoo.com.br/mcrost07/20050120a_cidadania.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. Malheiros Editores, São Paulo: 1996. p. 303

<sup>15</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28

ordem de valores e direitos fundamentais, em razão da sua própria extensão e abrangência.<sup>16</sup>

César<sup>17</sup>, tratando sobre o tema em específico, vislumbra a existência de uma imagem de Acesso à Justiça advinda do senso comum, compreendida como o “[...] acesso aos meandros dos Fóruns e Tribunais, aos processos, buscando assegurar direitos e exigir deveres”.

Além da imagem pertinente ao senso comum, destaca uma concepção axiológica de Acesso à Justiça, correspondente a uma ordem de valores e direitos fundamentais, no âmbito da qual se encontra inserta a concepção extraída do senso comum, restrita ao ordenamento jurídico processual.<sup>18</sup>

O efetivo Acesso à Justiça pressupõe a presença de uma série de fatores a ser considerados, tais como a existência de um direito material legítimo voltado à realização da Justiça social, o comprometimento da administração Estatal com a solução dos conflitos e a realização do direito, um Poder Judiciário em harmonia axiológica com a Sociedade e estruturado de forma a atender as demandas, assim como a existência de instrumentos processuais que viabilizem a efetivação do direito material, o exercício da ação e da defesa, de modo a tornar plena a concretização da atividade jurisdicional.<sup>19</sup>

Para que se empreenda uma análise abrangente sobre o Acesso à Justiça, é necessário que sejam considerados vários aspectos que ultrapassam a visão apenas jurídica, incluindo ainda, percepções no âmbito econômico, social, político e educacional.<sup>20</sup>

Privilegiou-se, na Pesquisa, o aspecto formal do Princípio do Acesso à Justiça, com enfoque vinculado ao Direito Processual Civil e por

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 28

<sup>17</sup> CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002. p. 49

<sup>18</sup> CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 49

<sup>19</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 15

<sup>20</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 15

conseqüência nas medidas tendentes a tornar efetiva a prestação da Jurisdição pelo Estado na solução dos litígios decorrentes das relações em Sociedade.

Isto porque, apesar de representar apenas uma das faces do sentido da expressão Acesso à Justiça, esta também não pode prescindir do estudo do direito a uma Justiça organizada adequadamente, cujo Acesso seja assegurado por instrumentos processuais aptos à plena realização do direito.

Para melhor compreensão do tema, necessário se faz abordar a evolução do conceito de Acesso à Justiça, no âmbito do qual se encontra o seu aspecto também formal.

### **1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO TEÓRICO DE ACESSO À JUSTIÇA: DO MERO INGRESSO AO PODER JUDICIÁRIO A UM DIREITO SOCIAL BÁSICO**

A par da diversidade de âmbito material e formal que se tem do sentido de Acesso à Justiça, é possível evidenciar-se a evolução do seu conceito, que parte da noção de mero ingresso às vias judiciais até alcançar o patamar de um Direito Social básico.

Durante os séculos XVIII e XIX, inspirados pela concepção essencialmente individualista dos direitos, o Acesso à proteção jurisdicional assumia um sentido de direito formal de ingressar com uma ação e dela se defender.<sup>21</sup>

Grinover<sup>22</sup>, ao abordar o tema, salienta que em 1988, Kazuo Watanabe escreveu estudo sobre Acesso à Justiça na Sociedade Moderna, demonstrando que “[...] a idéia de Acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o Acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o Acesso à ordem jurídica justa”.

---

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 9.

<sup>22</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 9.

O Acesso à Justiça, a princípio, representava um direito natural do cidadão, em que o Estado, assumindo uma posição passiva, não poderia intervir, limitando-se a não permitir que tal direito fosse por outrem infringido.<sup>23</sup>

Sendo afeto tão somente àqueles que tivessem condições formais de alcance à prestação da tutela jurisdicional, não havia qualquer proteção estatal para a sua garantia.

O estudo jurídico avançava alheio aos problemas reais dos foros, pautando-se em situações hipotéticas, sem auferir qualquer importância à concretização de um sistema jurídico que tornasse efetiva a prestação da tutela jurisdicional.<sup>24</sup>

Bastava, para afirmar-se a existência de Acesso à Justiça, a verificação da disponibilidade das partes em propor e contestar uma determinada ação.

Segundo Capelletti e Garth<sup>25</sup>, neste prisma, “[...] o Acesso formal, mas não efetivo da Justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.

Com a evolução e o aumento da complexidade das relações sociais, estas assumiram um caráter mais coletivo do que individual, o que veio a refletir no conceito de direitos humanos, a partir do reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos diversos seguimentos da Sociedade civil e do próprio Poder Público.<sup>26</sup>

Conforme asseveram Capelletti e Garth<sup>27</sup>, “[...] tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para

---

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 9

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 9

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 9

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 10

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 11

assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos”, dentre eles o direito ao trabalho, à saúde, segurança e educação.

Tem-se, portanto, que a idéia de Acesso à Justiça sofreu evolução paralela à passagem da concepção liberal para concepção social do Estado moderno, vez que, ao princípio, a intervenção do Estado limitava-se à declaração formal dos direitos humanos, sem que fossem cogitadas, pelo ordenamento jurídico, as diferenças econômicas ou institucionais. Da mesma forma, problemas reais dos indivíduos não constituíam objeto de preocupação doutrinária acerca do Direito Processual.<sup>28</sup>

Passa então o Acesso à Justiça a ser concebido como um direito de grande importância, ante o reconhecimento de que a titularidade do direito material conquistado torna-se inócua se inexistente um mecanismo que garanta sua efetiva reivindicação.<sup>29</sup>

Capelletti e Garth<sup>30</sup>, diante desta postura, registram que: “[...] o Acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.

Para César<sup>31</sup>, a garantia do Acesso à Justiça corresponde a um Direito Humano, e mais, corresponde a um elemento essencial ao exercício da cidadania, vez que, ultrapassada a idéia de simples Acesso à tutela jurisdicional, deixa de significar apenas o ingresso ao Poder Judiciário.

A evolução do conceito de Acesso à Justiça, portanto, pode ser atribuída à ampliação significativa do rol de direitos fundamentais do cidadão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, momento em que foram formalizados os direitos civis, políticos e sociais, dentre estes, os direitos

---

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 49.

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 11-12.

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 12

<sup>31</sup> CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 46.

difusos e coletivos, assim como estatuídos um conjunto de instrumentos legais para a garantia destes direitos.<sup>32</sup>

Segundo Cunha<sup>33</sup>, foi neste momento que “O acesso à Justiça ganhou status de direito fundamental, sendo reconhecido enquanto direito essencial para a viabilidade e garantia dos demais direitos”.

Relevante observar, que a evolução do conceito de Acesso à Justiça, partindo do sentido de mero ingresso ao Poder Judiciário até a concepção de Direito Social Básico ou ainda de um direito fundamental, foi influenciada pela identificação constante de diversos obstáculos, considerados como impeditivos a serem transpostos para a obtenção da efetiva prestação jurisdicional, o que veio a contribuir para o alargamento do sentido de tal expressão.

O crescimento do Estado moderno e a tendência inevitável ao intervencionismo, tornou o Poder Judiciário cada vez mais pesado em suas estruturas, afetando seu desempenho.<sup>34</sup>

O grande volume de processos nos tribunais, sua morosidade, seu custo, a burocratização e a complicação dos procedimentos, dificultam as vias de Acesso à Justiça, de sorte a tornar o Judiciário cada vez mais distante dos seus usuários.<sup>35</sup>

Além dos fatores supra mencionados, soma-se a intensa transformação da Sociedade, onde nas relações de massa a interação social passa a ser cada vez mais profunda e atuante, tanto no que se refere aos conflitos básicos intersubjetivos quanto em relação aos novos conflitos metaindividuais. Como resultado, tem-se a existência de uma Justiça inadequada,

---

<sup>32</sup> CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Acesso à Justiça**. p. 197

<sup>33</sup> CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Acesso à Justiça**. p. 197

<sup>34</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. p. 21.

<sup>35</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. p. 21.

inclusive para os conflitos tradicionais, o desaparecimento e a ausência de resposta imediata e idônea para os novos conflitos.<sup>36</sup>

Daí a necessidade de, brevemente, estudar-se alguns dos obstáculos evidenciados para o efetivo Acesso à Justiça, os quais contribuiram para a amplitude do sentido da expressão.

## 1.2 PRINCIPAIS OBSTÁCULOS AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Um dos primeiros e principais entraves do efetivo Acesso à Justiça, diz respeito à ausência ou insuficiência de recursos das partes para arcar com as despesas processuais.<sup>37</sup>

Para Capelletti e Garth<sup>38</sup>, “A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas”, eis que ainda que o Estado seja responsável pelo pagamento dos juízes e auxiliares da Justiça e recursos materiais necessários para o funcionamento das unidades jurisdicionais, ficam as partes responsáveis pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

As despesas que envolvem uma demanda contemplam, no mínimo, o pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, além dos gastos relativos a eventuais perícias, dentre outros, o que culmina por representar este, o primeiro e talvez mais grave entrave ao efetivo Acesso à Justiça.<sup>39</sup>

Tal situação é ainda agravada pela circunstância de os litigantes possuírem formalmente os mesmos direitos, caracterizando uma

---

<sup>36</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. p. 21.

<sup>37</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 31.

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 15/16.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 35.



igualdade que não se concretiza em razão das diferenças, além de econômicas, também sociais e culturais entre os envolvidos.<sup>40</sup>

Segundo Rodrigues<sup>41</sup>, o sistema jurídico-processual do Brasil é em grande parte estruturado sobre os princípios da igualdade formal e do dispositivo<sup>42</sup>, deixando de considerar que sem a efetiva igualdade material, ficam reduzidas as possibilidades de se alcançar uma decisão verdadeiramente justa.

A desigualdade sócio-econômica acarreta dois problemas em termos de Acesso à Justiça, quais sejam, dificulta o Acesso ao Direito e ao Judiciário em virtude dos gastos decorrentes de uma demanda judicial e, mesmo quando atingido o Acesso, coloca o mais pobre em situação de desvantagem no âmbito processual.<sup>43</sup>

Aponta-se ainda o problema decorrente das pequenas causas, assim consideradas aquelas que envolvem somas relativamente pequenas, as quais restam prejudicadas pela barreira dos custos, que podem, inclusive, exceder o montante controvertido ou consumir o conteúdo do pedido.<sup>44</sup>

Outro fator intimamente ligado aos custos de um processo judicial diz respeito ao tempo de trâmite de determinado processo.

Para Capelletti e Garth<sup>45</sup>, os efeitos da demora na prestação da tutela jurisdicional, principalmente se considerados os índices inflacionários, podem ser devastadores. Em decorrência, a demora aumenta os custos para as partes, pressionando os economicamente mais fracos a abandonarem a causa ou efetivarem acordos inferiores ao que teriam direito.

---

<sup>40</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 35.

<sup>41</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 35.

<sup>42</sup> “[...] no Processo Civil, move a ação quem o que fazê-lo, isto é, este direito de pedir (a ação) se rege pelo princípio dispositivo, consagrado pelo CPC, (art. 2º) segundo o qual a parte dispõe da ação, propondo-a ou não, de acordo com sua vontade, uma vez que não é obrigado a provocar a jurisdição para reparar a lesão do seu direito”. ATHANÁSIO, João Batista. **Cadernos de direito processual civil**. Curitiba:Juruá,1997, p.27.

<sup>43</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 35.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 19.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 20.

Torna-se, assim, perceptível, que aqueles que têm recursos financeiros disponíveis exercem vantagem sobre os menos economicamente preparados, possuindo condições de pagar para litigar, suportar as delongas do litígio e ainda apresentar argumentos de forma mais eficiente.<sup>46</sup>

Pode ainda ser considerado como entrave ao efetivo Acesso à Justiça, o problema decorrente da ausência de informação necessária para o reconhecimento do direito por parte do cidadão e da Sociedade.<sup>47</sup>

Relata Rodrigues<sup>48</sup> que por intermédio de pesquisas realizadas no Brasil, foi constatado um nível elevado de desinformação em relação à legislação vigente, ou seja, muitas pessoas desconhecem seus mais básicos direitos, além da ignorância afeta aos instrumentos processuais existentes para a garantia desses direitos.

A capacidade jurídica de cada pessoa, quando relacionada com vantagens financeiras e diferenças de educação, meio e *status* social é de grande importância na determinação da acessibilidade à Justiça, posto que enfoca as barreiras a serem pessoalmente superadas, antes mesmo da reivindicação do direito.<sup>49</sup>

Segundo Capelletti e Garth<sup>50</sup>, “Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível”, barreira esta não apenas enfrentada pelos pobres, mas afeta a todas as pessoas que possuem limitados conhecimentos sobre os direitos e os instrumentos disponíveis para sua realização.

A ausência ou insuficiência de conhecimento ou informação é ainda relacionada a um outro aspecto relevante que vem a constituir um seguinte entrave ao Acesso à Justiça. Trata-se da “[...] disposição psicológica das

---

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 21.

<sup>47</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 36.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 36/37.

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 22.

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 22/23.

peças para recorrer a processos judiciais. Mesmo os que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo”.<sup>51</sup>

Além da desconfiança nos advogados, os quais detêm a capacidade de postular em representação aos seus constituintes, os litígios se apresentam pouco atraentes devido à complexidade dos procedimentos judiciais, formalismo, ambientes que intimidam, agentes envolvidos e a própria dificuldade de mobilizar as pessoas para demandarem direitos considerados não-tradicionais.<sup>52</sup>

Rodrigues<sup>53</sup>, sob a denominação de ‘fatores simbólicos’, igualmente identifica um conjunto de fatores axiológicos, psicológicos e ideológicos que contribuem para o afastamento da Justiça, tais como o medo, a insegurança e o sentimento de inferioridade de uma considerável parcela da Sociedade.

Exemplificando, sustenta o autor que constitui parte da tradição cultural colocar o magistrado como um ser superior, o que culmina por afastar o povo simples da busca da Justiça, que enxerga o Judiciário como algo distante e inacessível, externo à sua própria realidade. Essa visão, ainda que em menor grau, também ocorre em relação à figura do advogado.<sup>54</sup>

Destaca-se, dentro deste mesmo âmbito de impeditivos para o efetivo Acesso à Justiça, a distinção entre os litigantes considerados eventuais e habituais, assim denominados em razão dos indivíduos que costumam ter contatos isolados ou mais freqüentes com o sistema judicial.<sup>55</sup>

Identificam-se assim, as vantagens dos litigantes habituais sobre os eventuais, posto que àqueles, com maior experiência com o Direito, podem melhor planejar o litígio; têm economia de escala porque possuem mais casos; têm oportunidade de estabelecer relações informais com os julgadores;

---

<sup>51</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 23.

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 24/25.

<sup>53</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 49.

<sup>54</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 49

<sup>55</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 25.

têm a possibilidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos e podem testar estratégias.<sup>56</sup>

Em função das vantagens identificadas, concebe-se a eficiência dos litigantes organizacionais sobre os individuais.<sup>57</sup>

Outro fator considerado como impeditivo para o efetivo Acesso à Justiça diz respeito aos interesses que ultrapassam o âmbito individual, assim considerados os direitos coletivos<sup>58</sup>, difusos<sup>59</sup> e individuais homogêneos<sup>60</sup>.

Conforme Capelletti e Garth<sup>61</sup>, o obstáculo é justificado porque nestas circunstâncias, “[...] ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.

Para Rodrigues<sup>62</sup>, mesmo diante da caracterização do mundo contemporâneo pela ampliação dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se estruturado sobre a idéia da titularidade individual dos direitos, em um agir isolado.

Brandão<sup>63</sup>, ao tratar sobre a problemática decorrente da ausência de um sistema processual adequado a atender tais interesses, assevera que em análise histórica do Estado e do Direito, identifica-se o Processo Civil

---

<sup>56</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 25.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 25.

<sup>58</sup> “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/legislacao/cdc.htm>, acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>59</sup> “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/legislacao/cdc.htm>, acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>60</sup> “[...] interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/legislacao/cdc.htm>, acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>61</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 26.

<sup>62</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 38.

<sup>63</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 12.

como principal instrumento do tradicional instituto de tutelas de direitos, este concebido como típico instrumento de defesa dos direitos individuais.

A construção brasileira em torno dos processos coletivos, do ponto de vista da processualística clássica, derrubou vários dogmas, eis que era efetivamente preciso adaptar os esquemas de um processo individualista, pensado para atender conflitos de interesses intra-individuais, às necessidades da Sociedade em transformação, caracterizada por interesses e conflitos de massa, mercedores igualmente da tutela jurisdicional.<sup>64</sup>

Ainda sob esse aspecto, outros problemas são identificados, decorrentes da defesa de direitos metaindividuais, tal como a dificuldade de organização de todos os interessados para demandar, seja por estarem dispersos, carecerem de informação necessária ou por mera incapacidade de combinar uma estratégia comum.<sup>65</sup>

Em percepção às dificuldades enfrentadas, esclarecem Capelletti e Garth<sup>66</sup> que “[...] embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso”.

O empenho despendido para transformar o processo individualista, voltado aos conflitos de interesses individuais, em um processo social, adequado à Sociedade contemporânea, espelha a preocupação e os esforços rumo à universalidade da tutela jurisdicional.<sup>67</sup>

No entender de Grinover<sup>68</sup>, se de um lado o processo vislumbra a necessidade de assegurar a prestação da tutela jurisdicional a conflitos que por possuírem uma dimensão metaindividual, dificilmente conseguem se acomodar no quadro dos esquemas processuais clássicos, de

---

<sup>64</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 120/121.

<sup>65</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 27.

<sup>66</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 27.

<sup>67</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. p. 13.

<sup>68</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. p. 13.

outro, tenta atribuir ao tratamento dos conflitos interindividuais uma feição compatível com as exigências básicas do Estado social de direito, de sorte a facilitar o Acesso à Justiça, independentemente de diferenças de ordem cultural, social e econômica.

Como obstáculo ao efetivo Acesso à Justiça, encontra-se ainda referência à exigência da presença de advogado para atuar na representação de seu constituinte em todo e qualquer processo.<sup>69</sup>

O primeiro aspecto a ser considerado, correlaciona-se justamente com o problema anteriormente abordado da insuficiência econômica que dificulta o pagamento de um advogado para a representação em juízo.<sup>70</sup>

O segundo aspecto, diz respeito à qualidade dos advogados atuantes disponíveis no mercado, eis que o efetivo Acesso à Justiça encontra-se vinculado ao assessoramento por um bom profissional.<sup>71</sup>

O terceiro aspecto identificado relaciona-se com a real necessidade da presença de advogado para atuar em juízo na defesa dos interesses do seu constituinte, cuja exigência é decorrente de preceito expresso na Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>72 73</sup>

Mesma noção recebe destaque no Estatuto da Advocacia e da OAB<sup>74</sup>, que em seu artigo 2º, estabelece ser o advogado indispensável à administração da Justiça, prestando serviço público e exercendo função social, contribuindo ainda, no âmbito do processo judicial, à postulação de decisão favorável aos interesses do seu cliente e ao convencimento do juiz, constituindo,

---

<sup>69</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 40.

<sup>70</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 40

<sup>71</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 40

<sup>72</sup> Art. 133. "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Constituição da República Federativa do Brasil. [http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf005.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf005.htm), acesso em 08 de fevereiro de 2.006.

<sup>73</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 41

<sup>74</sup> Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

seus atos, múnus público, com a garantia, no exercício da sua atividade, da inviolabilidade dos seus atos e manifestações.

Oportuno salientar, que o teor do artigo 1º do Estatuto da Advocacia e OAB<sup>75</sup>, quando trata em específico da capacidade postulatória, destaca serem atividades privativas da advocacia a postulação a qualquer Órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais<sup>76</sup>, assim como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica.<sup>77</sup>

Quanto ao aspecto em comento, vale ressaltar que no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, é facultativa a assistência por advogado, nas causas de valor até vinte salários mínimos, podendo as partes, até o limite fixado, exercerem pessoalmente a defesa dos seus interesses.<sup>78</sup>

Nos recursos interpostos contra sentenças proferidas nos Juizados Especiais, é obrigatória a intervenção de Advogado.<sup>79</sup>

Diante de tal previsão legislativa, sustenta Melo<sup>80</sup> que a iniciativa de dispensa do advogado no processo, comete três erros básicos:

---

<sup>75</sup> Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>76</sup> O STF reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, mas excluiu sua aplicação aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. ADIn nº 1.127-8

<sup>77</sup> Art. 1º São atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal. § 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados. § 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>78</sup> Art. 9º. Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior a assistência é obrigatória. § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por Órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>79</sup> Art. 41, § 2º. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado. [...] § 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado. Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>80</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 45.

atribuir somente ao advogado a causa da demora e dos custos; mutilar o processo com a ausência de um dos seus essenciais componentes e frustrar os direitos de uma classe perante o disposto no Estatuto da Advocacia e outras leis pertinentes.

Rodrigues<sup>81</sup>, ao considerar as divergências doutrinárias sobre o tema, entende ser complexa a exigência ou não da presença de advogado em toda e qualquer atividade jurisdicional, se observada pelo prisma do Acesso à Justiça. Isto porque, se de um lado a presença do advogado, em razão da sua formação técnica, aumenta a segurança da defesa dos interesses das partes, por outro, a maioria da população não possui condições econômicas de arcar com o pagamento dos respectivos honorários. Ademais, não é sua simples presença que faz a diferença, mas sim a sua qualificação profissional.

Acrescenta que em certas situações, como a dos Juizados Especiais, embora importante, a obrigatoriedade de sua presença poderia inviabilizar a Instituição. Destaca por fim, a situação do demandado no processo civil que, apesar de não ter procurado o Poder Judiciário, pode até ser condenado à revelia se não apresentar defesa por patrono constituído e com ele se fazer acompanhar nas audiências.<sup>82</sup>

Para Melo<sup>83</sup>, a dispensa do advogado é medida extrema, não necessária, bastando somente a elaboração de uma tabela especial de custas e honorários e de uma regulamentação segura para evitar o uso abusivo de procedimentos formais.

Considera-se, igualmente, como obstáculo ao efetivo Acesso à Justiça, a ausência de norma jurídica ou sua defasagem em relação à realidade social.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 43/44.

<sup>82</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 43/44.

<sup>83</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 45.

<sup>84</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 49



Na hipótese de inexistência de norma jurídica, ainda que o artigo 4º<sup>85</sup> da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 126<sup>86</sup> do Código de Processo Civil apontem a obrigatoriedade de o juiz decidir mesmo diante de eventual lacuna no ordenamento jurídico, a ausência de tal norma constitui óbice incontestável ao Acesso à Justiça.<sup>87</sup>

Na segunda hipótese, em específico, onde se verifica o desacordo entre a lei e os valores sociais vigentes, o artigo 5º<sup>88</sup>, da Lei de Introdução ao Código Civil poderá servir de resolução ao problema, contudo, ainda assim, a Justiça passa a ser uma questão subjetiva, dependendo da vontade do magistrado.<sup>89</sup>

Para Grinover<sup>90</sup>, o Acesso à uma ordem jurídica justa exige a existência de um corpo adequado de juízes, sensíveis o suficiente para captar a realidade social e acompanhar suas transformações. Para tanto, faz-se necessária uma mudança na mentalidade do juiz, atuando como integrante do corpo social e comprometido com a finalidade de tornar efetiva a realização do direito material.

Resta da mesma forma identificada a existência de alguns problemas estruturais e históricos do Poder Judiciário que interferem de forma direta na questão do Acesso à Justiça, tais como a morosidade com que se dá a prestação da tutela jurisdicional, a insuficiência de recursos materiais e humanos, a ausência de autonomia efetiva em relação aos demais Poderes, a centralização geográfica de suas instalações, o corporativismo de seus membros, a inexistência

---

<sup>85</sup> Art. 4º da LICC – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. [http://www.dji.com.br/decretos\\_leis/1942-004657-licc/declei4657-licc.htm](http://www.dji.com.br/decretos_leis/1942-004657-licc/declei4657-licc.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>86</sup> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>87</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 49

<sup>88</sup> Art. 5º da LICC – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. [http://www.dji.com.br/decretos\\_leis/1942-004657-licc/declei4657-licc.htm](http://www.dji.com.br/decretos_leis/1942-004657-licc/declei4657-licc.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

<sup>89</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 49

<sup>90</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. p. 25.

de mecanismos de controle externo pela Sociedade e a falta de conhecimento de melhor qualidade sobre o fenômeno jurídico.<sup>91</sup>

Em decorrência de tais problemas, o Poder Judiciário pode não prestar de forma adequada a tutela jurisdicional, gerando a ausência, a insuficiência ou o equívoco de respostas aos conflitos existentes.<sup>92</sup>

Por conseqüência, tem-se uma tendência de descrença da população para com as instituições jurisdicionais e até em relação ao próprio direito. E é justamente a desconsideração deste aspecto, aliado ao problema da lentidão, da burocratização e da corrupção que culmina com a crise do Poder Judiciário.<sup>93</sup>

Assevera Rodrigues<sup>94</sup>, que a descrença da população em relação ao Poder Judiciário, pela sua burocratização, o longo tempo entre o ingresso da ação e seu resultado final e a incompatibilidade de suas decisões com os valores sociais, põe em dúvida a própria legitimidade da Instituição, partindo-se para vias alternativas de resolução de conflitos, com retorno possível à autotutela e à barbárie.

Quando o Acesso à Justiça é negado a determinados segmentos da Sociedade, a comunidade cria mecanismos de sobrevivência, instituindo regras próprias, meios específicos de solução de conflitos e satisfação de direitos.<sup>95</sup>

Para Abreu<sup>96</sup>, “A ineficiência do sistema de Justiça faz com que a Sociedade encontre caminhos próprios para solver os seus conflitos, [...] passando ao largo de um modelo de Judiciário encastelado e insensível às angústias do povo”.

---

<sup>91</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 46

<sup>92</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 47

<sup>93</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 47

<sup>94</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 47

<sup>95</sup> BEZERRA Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 104/105.

<sup>96</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da Consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 105.

Ao refletir, em específico, sobre o aspecto da técnica processual, sustenta Rodrigues<sup>97</sup> que “A efetividade do Acesso à Justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses que são levados ao Judiciário”.

A questão dos instrumentos processuais disponíveis e adequados para busca da prestação efetiva da tutela jurisdicional e realização do direito material é fundamental quando se trata de Acesso à Justiça, correspondendo ao foco de investigação da presente Pesquisa.

Rodrigues<sup>98</sup>, ao examinar o tema, destaca algumas questões pendentes de solução pelo ordenamento jurídico processual brasileiro, tais como a previsão excessiva de recursos; a forma adotada para o procedimento sumário; a necessidade de simplificação do processo de execução; o tratamento inadequado dispensado ao processo cautelar, mormente ao que se refere às medidas satisfativas; a excessividade quanto aos procedimentos especiais e outras questões diversas ligadas às exigências de formalidades excessivas.

Vê-se, portanto, que as questões afetas ao processo e ao procedimento e, portanto, às técnicas disponíveis para a busca da prestação jurisdicional, passaram a integrar o rol dos impeditivos para o efetivo Acesso à Justiça, ampliando seu conceito e seu sentido para além dos problemas atinentes à insuficiência de recursos financeiros, à ausência de informação, aos entraves pertinentes aos direitos metaindividuais e outros anteriormente abordados.

Tal momento, caracterizado por uma concepção mais ampla do termo, é denominado por Capelletti e Garth<sup>99</sup> de ‘novo enfoque de Acesso à Justiça’, tema que será objeto do item seguinte.

---

<sup>97</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 44

<sup>98</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. p. 45

<sup>99</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 67

### 1.3 NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA

O novo enfoque do Acesso à Justiça, vem caracterizado pela ampliação das questões debatidas para a efetivação da almejada acessibilidade.

Capelletti e Garth<sup>100</sup> sustentam que o do prisma do novo enfoque “[...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas Sociedades modernas”.

A reflexão proporcionada pelo novo enfoque incentiva a exploração de uma ampla variedade de reformas, tais como as alterações no âmbito dos procedimentos, a mudança na estrutura e criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, alterações no direito substantivo e adoção de modelos privados ou informais para a resolução dos conflitos.<sup>101</sup>

Pelo novo enfoque, como se vê, grande importância é centrada no Direito Processual Civil.

Resta reconhecida a necessidade de adaptação do processo civil ao tipo de litígio, que é diferenciado por vários fatores, dentre eles, a sua complexidade, o montante controvertido, a sua importância social, a urgência evidenciada para a prestação da tutela jurisdicional, as pessoas envolvidas no processo e também as suas repercussões coletivas ou individuais.<sup>102</sup>

Dentre as inúmeras implicações decorrentes do novo enfoque, surge, igualmente, a reforma dos procedimentos judiciais em geral, como uma das soluções apresentadas para resolver parcela significativa dos problemas decorrentes do Acesso à Justiça, mormente no seu aspecto formal.

---

<sup>100</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 67/68.

<sup>101</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 70/71.

<sup>102</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 71/72

Sobre a questão dos procedimentos judiciais, registra Theodoro Júnior<sup>103</sup> que a utilidade do procedimento reside na orientação do desenvolvimento do processo, garantindo às partes a defesa dos seus interesses, não constituindo, contudo, o fator de maior importância ao alcance da Justiça ideal.

Independente do tipo de procedimento, se do ponto do vista científico é considerado bom ou mau, mas na prática do foro, seu desempenho é lento e caro, o resultado será a descrença dos jurisdicionados na fé da Justiça, ou ao menos da confiança no processo.<sup>104</sup>

Para Bezerra<sup>105</sup>, o ordenamento jurídico brasileiro necessita uma maior abertura e flexibilidade de suas normas, eis que se apresenta extremamente fechado e rígido.

Em especial as leis processuais, complexas e permissivas de mecanismos de protelação de resultados efetivos, culminam por transformar a Justiça em um sonho distante, inacessível às camadas mais pobres da população.<sup>106</sup>

Segundo Melo<sup>107</sup>, é preciso um constante aperfeiçoamento do direito, em especial o processual, a fim de que seja resgatada sua finalidade de servir como instrumento de realização de Justiça.

Quando atingida essa correção de rumos, estarão superadas as principais causas dos abismos que separam as legítimas

---

<sup>103</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1997. p. 59 e 61.

<sup>104</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo**: direito processual civil ao vivo. p. 59 e 61.

<sup>105</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. p. 101.

<sup>106</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. p. 101

<sup>107</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 45.

reivindicações da Sociedade e direitos individuais, da prepotência da vontade do legislador e do poder majestático dos Tribunais.<sup>108</sup>

Como estudado, vários obstáculos foram identificados e diversas medidas apresentam-se necessárias à efetivação do Acesso à Justiça.

Assim, como solução tendente à resolução dos problemas que impedem o efetivo Acesso à Justiça, surge igualmente no âmbito do novo enfoque, a tentativa de especialização das instituições e procedimentos judiciais.

Diante desta perspectiva, sugerem Capelletti e Garth<sup>109</sup> a adoção de procedimentos especiais para pequenas causas, marcados pela acessibilidade geral, pela equalização das partes, pela mudança de estilo dos árbitros e pela simplificação das normas substantivas para a tomada de decisões.

Simultaneamente, é destacada a necessidade de se empreender mudanças de métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos, de forma a se alcançar a acessibilidade almejada.<sup>110</sup>

Com a mesma finalidade de romper as barreiras para o alcance do efetivo Acesso à Justiça, registram os mesmos autores, a necessidade da simplificação do direito, tornando a lei mais compreensível.<sup>111</sup>

Incluído no âmbito do novo enfoque, destaca-se, como contribuição ao efetivo Acesso à Justiça, a adoção de métodos alternativos, extrajudiciais e judiciais, de resolução dos conflitos.

Referidos métodos alternativos correspondem a fórmulas e formas diferenciadas para a resolução das controvérsias, afastando a questão do método tradicional, com a adoção de procedimentos mais simplificados e/ou julgadores informais.

---

<sup>108</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 45/46.

<sup>109</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 94/111.

<sup>110</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 142/147

<sup>111</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 156

Segundo Grinover<sup>112</sup>, “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares”.

A defesa dos interesses e a satisfação de eventuais pretensões eram efetuadas com a utilização da própria força, mediante regime denominado de autotutela ou autodefesa.<sup>113</sup>

A autocomposição também constituía solução viável nos sistemas primitivos, por intermédio da desistência, submissão ou transação, momento em que uma ou ambas as partes cediam, total ou parcialmente, o interesse, objeto do conflito.<sup>114</sup>

Esta via de resolução dos conflitos é considerada parcial, no sentido de depender da vontade e atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas no litígio.<sup>115</sup>

Salienta Grinover<sup>116</sup> que quando as partes passaram a perceber os males desse sistema parcial, começaram a preferir “[...] uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos”.

Tornando-se o Estado mais fortalecido, este tomou para si o Poder/Dever de solucionar os conflitos, exercendo, de forma soberana, a atividade jurisdicional.<sup>117</sup>

A Jurisdição, como atividade Estatal, passou a ser exercida por intermédio do processo, este concebido como o “[...] instrumento por meio do quais os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes,

---

<sup>112</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. Malheiros Editores. São Paulo: 1999, p. 21.

<sup>113</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. p. 21.

<sup>114</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. p. 21.

<sup>115</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. p. 21.

<sup>116</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. p. 21.

<sup>117</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. p. 23.

eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução”.<sup>118</sup>

Entretanto, é perceptível que o Estado, por si só e mediante seu método tradicional, não são suficientes para solucionar, a contento, o imenso volume de demandas, consideradas ainda suas diversidades.

Daí a necessidade da adoção de alternativas para a solução dos litígios, voltadas ao âmbito do próprio Poder Judiciário ou a partir de segmentos externos, com a utilização de vias extrajudiciais.

Apontam Capelletti e Garth<sup>119</sup>, a partir de então, a utilização cada vez mais do juízo arbitral, a conciliação, os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais, técnicas estas que podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas ou disponíveis como opção para as partes.

Em percepção a esta tendência, faz-se o registro da Lei da Arbitragem<sup>120</sup>, que dispõe sobre esta como meio de solução de litígios decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis.<sup>121</sup>

Segundo Abreu<sup>122</sup>, a eleição de vias alternativas, como a mediação e a arbitragem, tem se popularizado no país nos últimos anos, podendo ser disponibilizada, de forma integrada, “[...] num modelo de Justiça democrática e cidadã”.

A Arbitragem constitui faculdade concedida às partes, interessadas em submeter a solução dos seus litígios a um juízo arbitral por intermédio da respectiva convenção, afastando, desta forma, a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

---

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. p. 23.

<sup>119</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 81.

<sup>120</sup> Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. <http://www.presidencia.gov.br/ccivil/LEIS/L9307.htm>, acesso em 09 de fevereiro de 2.006.

<sup>121</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. <https://www.planalto.gov.br/ccivil/03/LEIS/L9307.htm>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>122</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil**. p. 107.



Produz, a instituição da Arbitragem, dupla finalidade, tanto por constituir meio alternativo de solução do conflito, quanto por diminuir o volume de controvérsias a serem dirimidas pelo Órgão judicial.

Outra contribuição legislativa para o efetivo Acesso à Justiça merecedora de destaque é a edição da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais<sup>123</sup>.

Para atingir o objetivo da acessibilidade, o legislador não criou apenas um novo procedimento simplificado, mas elaborou, em verdade, “um conjunto de inovações que envolvem desde aspectos filosóficos e estratégicos no tratamento de conflitos de interesses, até técnicas de abreviação e simplificação procedimental”<sup>124</sup>.

Destinada ao processamento de causas cíveis consideradas de menor complexidade<sup>125</sup>, a Lei dos Juizados Especiais contempla a existência de um processo orientado pelos princípios da oralidade, efetividade, economia processual, simplicidade e informalidade, com a busca constante da conciliação ou transação.<sup>126</sup>

O procedimento dos Juizados Especiais, em linhas gerais, é caracterizado pela concentração<sup>127</sup> e simplificação<sup>128</sup> dos atos processuais, assim

---

<sup>123</sup> Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>124</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil. p. 208.

<sup>125</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 98, I, criou os denominados Juizados Especiais e veio a instituir um critério valorativo material – causas cíveis de menor complexidade -, para definir a competência estabelecida no art. 3º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Abreu, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil. p. 113.

<sup>126</sup> Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>127</sup> No procedimento dos Juizados Especiais o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação, momento em que, não havendo acordo, apresentará contestação, escrita ou oral, tudo em um único momento processual. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>128</sup> No procedimento dos Juizados Especiais, dentre outras especificidades, a) o processo será instaurado com a apresentação do pedido, que pode ser escrito ou oral; b) até vinte salários mínimos é facultativa a assistência por advogado; c) as intimações serão feitas da mesma forma

como pela vedação de determinados institutos processuais<sup>129</sup> e limitação com relação a determinadas causas<sup>130</sup> e partes litigantes<sup>131</sup>, tudo com a finalidade de se atingir os escopos pretendidos.

Segundo Abreu<sup>132</sup>, trata-se de “[...] uma proposta de Justiça popular afeiçoada às exigências do novo milênio, a exigir, entretanto, outra postura do juiz, com quebra do paradigma normativista, além da correção de rumos do processo e do procedimento no plano legislativo [...]”.

É o que revela o artigo 6º, da Lei dos Juizados Especiais, ao dispor que “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.<sup>133</sup>

Além das contribuições legislativas verificadas, é de se ressaltar que a partir do movimento denominado ‘novo enfoque’, uma quantidade expressiva de propostas e iniciativas vem sendo apresentada, tanto a nível nacional quanto estadual, todas voltadas para o alcance do efetivo Acesso à Justiça, mediante a adoção de formas alternativas de resolução dos conflitos ou reformulação e simplificação do método tradicionalmente utilizado.

---

que a citação ou por qualquer outro meio idôneo; d) a sentença proferida mencionará os elementos de convicção do Juiz, com resumo breve dos fatos ocorridos em audiência, sendo dispensado o relatório; e) eventual recurso será julgado por uma Turma composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>129</sup> No procedimento dos Juizados Especiais não se admitirá a intervenção de terceiros, tão pouco a reconvenção. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>130</sup> Excluem-se da competência dos Juizados Especiais as causas de natureza falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>131</sup> No procedimento dos Juizados Especiais não podem ser partes o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>132</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil.** p. 184.

<sup>133</sup> Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

Considerando a diversidade de experiências implementadas ou em vias de concretização, e levando em conta a necessária limitação do tema, optou-se, nesta Pesquisa, pelo destaque de algumas relevantes contribuições e iniciativas adotadas, em específico, pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, as quais integram o anexo da presente Pesquisa.

Releva observar que o momento do novo enfoque do Acesso à Justiça, vem justamente marcado com a consciência da necessidade de alteração das bases internas de um Poder Judiciário impotente frente aos tradicionais e novos conflitos sociais.

Indispensável, ainda, a criação de novos caminhos alternativos para a solução das controvérsias e imprescindível reformulação do processo, instrumento da prestação da tutela jurisdicional, mediante a simplificação dos respectivos procedimentos.

Para Carreira Alvim<sup>134</sup>, “A simplificação dos ritos processuais ou a criação de novos instrumentos de Acesso à Justiça, enquanto alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional”, somente alcançarão o êxito esperado se houver pelos juízes o propósito de aplicá-las de maneira efetiva, sob pena de tornar inútil o empenho na agilização.

Nesse passo, ganha destaque a discussão acerca do formalismo processual, mormente sua relação com determinados valores afetos ao processo, o que será objeto do item seguinte.

#### **1.4 ACESSO À JUSTIÇA E FORMALISMO PROCESSUAL: A EFETIVIDADE PELA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

Diante do anteriormente pesquisado, o formalismo processual é apontado como um dos obstáculos ao efetivo acesso à Justiça. Ao mesmo tempo, representa garantia de regularidade processual e procedimental.

---

<sup>134</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 22.

Estudar a maneira adequada de transpor o obstáculo criado pelo formalismo, sem afetar a função de garantia jurisdicional que lhe é inerente, constitui fator de suma importância para processualística moderna.

Por forma, em sentido estrito, entende-se o modo como o ato processual deve ser expresso. Significa o conjunto de requisitos a serem observados na aplicação do ato. Já a forma, em seu sentido mais amplo, inclui também as condições de tempo e lugar em que se efetiva o ato processual.<sup>135</sup>

Tais condições são destinadas a delimitar os poderes dos sujeitos processuais à forma em seu processo. Não corresponde à parte intrínseca do ato. Constituem o que se denomina por ato, fato ou prazo previsto pela norma para regular o exercício da função jurisdicional.<sup>136</sup>

O formalismo, portanto, como forma em seu sentido mais amplo, implica a totalidade formal do processo, em especial, a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos envolvidos no processo, a condução de suas atividades, a ordenação do procedimento e organização do processo, a fim de que seja atingida a finalidade almejada.<sup>137</sup>

Seguindo tal raciocínio, o formalismo implica a idéia de organização processual, de sorte a prestar previsibilidade a todo procedimento, atribuir limites e garantias às partes, evitar a ocorrência de arbitrariedades e parcialidade do Órgão judicial e assegurar, enfim, o equilíbrio entre o Poder judicial e o direito das partes litigantes.<sup>138</sup>

Tem ainda, o formalismo processual, a função de controlar eventuais excessos de uma parte em relação à outra e de atuar como fator de

---

<sup>135</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5.

<sup>136</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. p. 5.

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. p. 6/7.

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. p. 7/8.

igualdade entre os contendores. Trata-se da busca de um justo equilíbrio, com a atribuição às partes, na mesma medida, de poderes, faculdades e deveres.<sup>139</sup>

No Brasil, o início da nova era do formalismo processual deu-se com o Decreto nº 960, de 17 de dezembro de 1938<sup>140</sup>.

Referido Decreto, contou com a previsão do despacho saneador, a introdução do princípio da oralidade pela concentração dos atos de instrução e debates orais em audiência, o reconhecimento da imediação do Juiz em relação às provas e as partes, privilegiando o princípio da identidade física do magistrado.<sup>141</sup>

O ciclo evolutivo do formalismo teve seu prosseguimento com o Código de Processo Civil de 1939, consagrando o sistema da oralidade, da concentração e da identidade física do Juiz.

A concepção publicista da Jurisdição veio marcada nas disposições referentes ao procedimento, de sorte a atribuir ao Juiz o dever de conduzi-lo por sua iniciativa e com a necessária celeridade, oportunizando-lhe a adoção de providências de ofício, independente do requerimento das partes.<sup>142</sup>

O diploma legal inibia o emprego de dissimulação processual, instituíu o princípio da persuasão racional, conferia ao julgador o poder geral de cautela, mediante a previsão de diversas medidas cautelares especiais.<sup>143</sup>

O vigente Código de Processo Civil<sup>144</sup> apresentou-se como um conjunto de regras correspondentes a um estágio científico, com uma preocupação lingüística e conceitual acerca da matéria regulamentada.<sup>145</sup>

---

<sup>139</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 8.

<sup>140</sup> Diploma legal regulador da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública.

<sup>141</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 57/58.

<sup>142</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 59.

<sup>143</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 59.

<sup>144</sup> Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

Não houve avanço no âmbito social, mantendo-se inalterado o feitiço do processo voltado ao método de composição de interesses individuais.  
146

Segundo Theodoro Junior<sup>147</sup>, “Teve o Código de 1973, no entanto, plena consciência da necessidade de dar passos decisivos em prol da instrumentalidade do processo e da efetividade da prestação jurisdicional”.

Foram instituídos, dentre outras previsões relevantes, o procedimento sumário e o julgamento antecipado da lide, com a abolição de diversos procedimentos especiais e com a simplificação de outros, sendo eliminada a distinção da ação executiva e da ação executória, com o aprimoramento do processo de execução forçada.<sup>148</sup>

Para o autor, muitas outras medidas foram adotadas pelo Código de Processo Civil de 1973, com a finalidade de “[...] agilizar a prestação jurisdicional e tornar mais certo e menos burocrático o caminho entre a dedução da lide em juízo e a resposta jurisdicional, ou seja, o provimento final de mérito”.  
149

A partir de então, diversas mini-reformas<sup>150</sup> foram implementadas na legislação processual civil, para uma maior fluência do serviço jurisdicional.<sup>151</sup>

Dentre as reformas empreendidas, releva destacar, eis que diretamente vinculada à presente pesquisa, a Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, destinada a inserir no ordenamento jurídico processual a tutela jurisdicional

---

<sup>145</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma do Código Civil brasileiro**. Animus: Revista da Associação dos Magistrados Catarinenses. Vol. II. Florianópolis: 1999. p. 29.

<sup>146</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma do Código Civil brasileiro**. p. 29.

<sup>147</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma do Código Civil brasileiro**. p. 29.

<sup>148</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma do Código Civil brasileiro**. p. 29.

<sup>149</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma do Código Civil brasileiro**. p. 29/30.

<sup>150</sup> Projetos independentes, cada qual visando a determinado instituto ou setor do Código de Processo Civil. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. p. 114.

<sup>151</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. p. 114.

antecipada genérica<sup>152</sup> e a Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, responsável pela previsão de Fungibilidade entre as tutelas de urgência, cautelar e antecipatória.<sup>153</sup>

No âmbito doutrinário, segundo registra Grinover<sup>154</sup>, “O direito processual sempre foi alvo de grande interesse entre os estudiosos brasileiros”.

O ingresso do método científico na ciência processual brasileira teve seu lugar a partir do ano de 1940, momento em que diversos estudiosos do direito uniram-se à discussão sobre determinados pressupostos metodológicos fundamentais, “[...] como a relação jurídica processual [...], a autonomia da ação, a instrumentalidade do direito processual, a inaptidão do processo a criar direitos e [...] a existência de uma teoria geral do processo”.<sup>155</sup>

Conquistada a autonomia do direito processual, assinala Dinamarco<sup>156</sup>, houve uma “[...] excessiva preocupação com os temas processuais [...]”, o que veio a favorecer posturas inadequadas, “[...] com o esquecimento da condição instrumental do processo”.

Segundo o autor, tal posição “[...] favorece, inclusive, o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o

---

<sup>152</sup> Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. § 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>153</sup> § 7º, do art. 273. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>154</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. p. 122.

<sup>155</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. p. 125

<sup>156</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Malheiros Editores, São Paulo: 1996. p. 268.

significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual”.<sup>157</sup>

Esta postura eminentemente técnica, característica da fase autonomista do direito processual, foi superada pela visão instrumentalista do processo, voltada às preocupações de ordem social e também política.<sup>158</sup>

Acima da autonomia está a efetividade jurisdicional, sendo que seu aperfeiçoamento passa obrigatoriamente pelas vias processuais. “Sem que o direito possa se fazer sentir na vida prática dos litigantes, não há que se falar numa verdadeira evolução da teoria processual”.<sup>159</sup>

Segundo Dinamarco<sup>160</sup>, a tendência metodológica do direito processual civil dirige-se para a efetividade do processo, por intermédio da idéia de que “[...] o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.

Grinover<sup>161</sup> igualmente assevera que em tempos modernos, o estudo processual volta-se ao lema da efetividade do processo. “Trata-se da mais moderna linha metodológica da ciência processual, voltada à investigação das raízes políticas e sociológicas do processo e crítica ao processo [...]”.

É justamente neste momento de reflexão acerca da efetividade da prestação da tutela jurisdicional que o formalismo processual é posto em debate.

O perigo da discussão está justamente no risco de a adoção de procedimentos modernos e eficientes abolirem as garantias fundamentais do processo civil.

---

<sup>157</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. P. 268.

<sup>158</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. P. 268.

<sup>159</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 31.

<sup>160</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. P. 270.

<sup>161</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. p. 225/126.



Cappelletti e Garth<sup>162</sup> advertem que “Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças”.

Não se trata, contudo, como observa Dinamarco<sup>163</sup>, de ‘desprocessualizar’ a ordem jurídica ou desprezar o imenso valor do processo e das formas dos procedimentos conquistados ao longo de séculos. “O que precisa é desmistificar regras, critérios, princípios e os próprios sistemas”.

O formalismo processual civil encontra seus fundamentos nas suas conexões internas e externas.<sup>164</sup>

É preciso primeiramente promover a verificação das vertentes externas dos fatores de estruturação e organização do processo, pois, como assevera Oliveira<sup>165</sup>, “[...] não há formalismo por formalismo”.

Para Dinamarco<sup>166</sup>, “No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo”.

Esta reflexão externa do formalismo passa necessariamente pela questão axiológica, fixada na finalidade do processo, sendo que esta noção de fim está entrelaçada com determinados valores a serem alcançados por intermédio do processo.<sup>167</sup>

O valor Justiça, primeiro em destaque, relaciona-se com a atuação concreta do direito material em seu sentido amplo. Assim, estando o processo a serviço da realização de um direito subjetivo, não pode a lei

---

<sup>162</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. P. 163/164.

<sup>163</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. p. 268.

<sup>164</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. p. 61.

<sup>165</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. p. 61.

<sup>166</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. P. 269.

<sup>167</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. p. 65.

processual estabelecer regras que coloquem em risco ou suprimam a igualdade jurídica prevista na norma de direito material.<sup>168</sup>

O valor segurança, igualmente relacionado com a finalidade do processo, reclama o respeito ao direito objetivo como um todo, de sorte a atingir aos escopos políticos do processo, mediante a continuidade do exercício do Poder do Estado.<sup>169</sup>

Como finalidade das atividades jurídicas do Estado, aponta-se também o valor da paz social, tendente a eliminar o conflito existente com o emprego de meios idôneos.

Ressalta Oliveira<sup>170</sup> que “Aspecto importante dessa função pacificadora e de controle social é constituído pela maior eficiência na administração da Justiça” mediante uma relação de proporcionalidade entre “[...] os meios disponíveis e o fim a ser alcançado”.

A efetividade surge da mesma forma como valor a ser alcançado pelo processo, de sorte a atender, principalmente, as necessidades da Sociedade atual, colaborando com o aperfeiçoamento de todo o sistema processual, tanto por intermédio da reformulação de antigas técnicas quanto da criação e inserção de novas medidas tendentes à obtenção da efetiva tutela jurisdicional.<sup>171</sup>

São esses os “[...] principais valores consubstanciadores da organização do processo”, que devem ser observados a fim de que a concepção de processo transcenda a noção de mero “[...] instituto de tutela jurídica de direitos subjetivos privados”, sendo igualmente considerados seus escopos sociais e políticos, a fim de privilegiar seu resultado social e viabilizar a obtenção de uma decisão justa e verdadeira, com o restabelecimento da paz jurídica.<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 66.

<sup>169</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 67.

<sup>170</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 68.

<sup>171</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 70.

<sup>172</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** p. 71/72.

Sobre a cultura do formalismo, observa Abreu<sup>173</sup> que se tem “[...] uma Justiça burocratizada, formalizada, demorada, mais preocupada com a forma do que com a efetividade da resposta”.

A efetividade significa a aptidão do processo para eliminar insatisfações com a Justiça, de sorte a valer como meio de educação para o exercício e respeito aos direitos, com a participação dos indivíduos nos destinos da Sociedade, garantindo-lhes liberdade.<sup>174</sup>

Segundo Dinamarco<sup>175</sup>, “[...] é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema”.

Para Dias<sup>176</sup>, a fim de garantir a efetividade do processo e atingir sua importância social, “[...] os processualistas têm buscado meios de tornar a decisão judicial a mais eficaz possível, para que ela possa gerar os efeitos reais na vida das partes, assegurando ao processo as suas finalidades”.

A busca pela efetividade jurisdicional passa, portanto, pela visão instrumental do processo, este concebido como um meio – e não um fim em si mesmo, de realização do direito material.<sup>177</sup>

Torna-se ainda necessária a consciência de que em determinados momentos, a técnica processual confronta-se com exigências antagônicas que precisa conciliar, ocasião em que “[...] a busca da efetivação de

---

<sup>173</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil**. p. 210.

<sup>174</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. p. 271.

<sup>175</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. p. 271.

<sup>176</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 19.

<sup>177</sup> “O desenvolvimento do processo não pode perder de vista a sua função instrumental em relação ao direito substancial. Embora o processo seja mais do que meio através do qual a jurisdição aplica o direito material ao caso concreto (tal a importância das garantias processuais fundamentais), não há dúvida de que o processo necessita estar cada vez mais próximo ao direito material, pois pouco vale o instrumento sem a substância”. LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. p. 79.

alguns escopos importa às vezes em transigências no tocante à de outrem, sem que com isso se renuncie por inteiro à efetividade do processo nesse campo”.<sup>178</sup>

Evidencia-se, assim, que apesar de o formalismo processual, sob um certo aspecto, ser considerado como fator impeditivo à acessibilidade, tal circunstância não autoriza o abandono total e injustificado da forma estabelecida.

O que se pretende, à luz do Princípio do Acesso à Justiça, é construir um processo de resultados, mediante a prestação de uma tutela jurisdicional justa e célere, voltada aos escopos jurídicos, sociais e políticos.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, fez assegurar, na parte destinada aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, “[...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.<sup>179</sup>

O efetivo Acesso à Justiça, portanto, em uma perspectiva formal, compreende a superação dos obstáculos que dificultam o alcance dos objetivos inerentes ao processo, mediante a inovação e aprimoramento constante dos mecanismos processuais.

Assim, abordado o Princípio do Acesso à Justiça, bem como as questões a ele inerentes, necessária a análise dos institutos processuais referentes à Fungibilidade e às Tutelas Jurisdicionais de Urgência, tópicos estes que compõem o objeto da presente Pesquisa. Sobre a referida temática versará o capítulo seguinte.

---

<sup>178</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. p. 273.

<sup>179</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. [http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Ref\\_Jud/EC\\_45.html](http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Ref_Jud/EC_45.html), acesso em 08 de junho de 2005.

## CAPÍTULO 2

### FUNGIBILIDADE E TUTELAS DE URGÊNCIA

A Fungibilidade e as Tutelas de Urgência constituem institutos processuais ligados à efetividade da prestação da tutela jurisdicional e, portanto, ao Princípio do Acesso à Justiça.

Com a finalidade de compreender tais institutos, promover-se-á a abordagem individualizada de cada qual.

#### 2.1 FUNGIBILIDADE: CONCEITOS E FUNDAMENTOS

A noção de Fungibilidade é extraída do direito material, ao referir-se acerca dos bens fungíveis<sup>180</sup> como aqueles que podem por outros ser substituídos, do mesmo gênero ou qualidade.<sup>181</sup>

Segundo expõe Dias<sup>182</sup>, a Fungibilidade, “[...] baseando-se nas idéias de inespecificidade preponderante e de utilidade, traduz a noção fundamental de substitutividade sem prejuízo jurídico”.

Referida noção, advinda do direito privado, foi recepcionada pelo direito processual com a finalidade de justificar a possibilidade de cambiariedade de formas e procedimentos, desde que ausente prejuízo substancial à finalidade com que foi estabelecida.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm), acesso em 08 de fevereiro de 2.006.

<sup>181</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 303.

<sup>182</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 54.

<sup>183</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 54.

A partir de então, o sistema processual passou a fazer uso da Fungibilidade em alguns dos seus institutos.

De regra, considerado o princípio da adstrição do pedido, uma vez deduzida determinada pretensão ou providência em juízo, estaria o juiz impedido de conceder outra, sob pena de caracterizar uma decisão *extra petita*.<sup>184</sup>

Referido impedimento vem expressamente, delineado, nos termos do artigo 460, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que “É vedado ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.<sup>185</sup>

Entretanto, conforme sustenta Gonçalves<sup>186</sup>, “[...] quando elas são fungíveis entre si, a lei permite que, postulada uma, o juiz conceda outra, sem risco de nulidade ou vício da decisão”.

A Fungibilidade, de qualquer forma, é justificada pela dificuldade na distinção das hipóteses de utilização dos institutos.<sup>187</sup>

A possibilidade de sua aplicação, no âmbito não urgente, pode ser verificada com maior incidência entre as ações possessórias, entre os recursos e entre os procedimentos sumário e ordinário.

Concernente às ações possessórias, estabelece o artigo 926, do Código de Processo Civil, que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”.<sup>188</sup>

O artigo 932, do Código de Processo Civil, ao tratar sobre o interdito proibitório, estabelece que “O possuidor direto ou indireto, que tenha

---

<sup>184</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 303.

<sup>185</sup> Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>186</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 303.

<sup>187</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 303.

<sup>188</sup> Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.<sup>189</sup>

As agressões referidas à posse nos dispositivos legais supra transcritos resumem-se em esbulho<sup>190</sup>, turbação<sup>191</sup> e ameaça<sup>192</sup>, sendo que para cada qual, encontra-se previsto a via instrumental adequada à sua proteção, quais sejam, a ação de reintegração e manutenção de posse ou o interdito proibitório, respectivamente.

A previsão de Fungibilidade vem expressamente disposta no artigo 920, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados”.<sup>193</sup>

A primeira nota característica das ações possessórias é, portanto, a Fungibilidade, eis que, embora distintas as situações de fato que justificam o cabimento de cada qual, a finalidade precípua das demandas é proteger a posse.<sup>194</sup>

---

<sup>189</sup> Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>190</sup> “Derivado do latim *spolium*, de *spoliare* (espoliar, despojar), foi admitido na terminologia jurídica com o sentido próprio de ato violento, em virtude do qual é uma pessoa é despojada (desapossada), contra a sua vontade, daquilo que lhe pertence ou está em sua posse, sem que assista ao violentador qualquer direito ou autoridade, com que possa justificar o seu ato”. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2004. p. 541.

<sup>191</sup> “Turbação da posse. Todo fato impeditivo do livre uso da posse, ou que venha tornar obscuro, ou duvidoso, o exercício dela, bem como todo o ato que, em relação à coisa, é executado contra a vontade do possuidor, entendem-se turbações, ou atos turbativos da posse”. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. p. 1.437.

<sup>192</sup> “Em Direito Civil, a ameaça de turbação da posse ou de esbulho da mesma, justifica o pedido de interdito proibitório”. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. p. 103.

<sup>193</sup> Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>194</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v 3. p.191.

Wambier<sup>195</sup> afirma que, ainda que o pleito seja específico, uma vez demonstrados os requisitos de outra demanda possessória, “[...] não ocorrerá a extinção prematura da ação proposta, mas caberá ao juiz outorgar a proteção legal correspondente à ação, cujos requisitos estejam provados”.

Conforme assevera Dias<sup>196</sup>, levando em conta o objeto das ações possessórias, em determinadas situações, “[...] pode-se tornar duvidoso o pedido que efetivamente deveria ser formulado pela parte, considerando-se, objetivamente, o cenário fático no momento da propositura da ação”.

Para o autor, o que realmente justifica a incidência da Fungibilidade é a própria modificação da situação de fato, da qual a posse é uma manifestação.<sup>197</sup>

Segundo adverte Rodrigues<sup>198</sup>, a alteração fática deve ter ocorrido em momento posterior ao ingresso da ação, “[...] não sendo lícito obter a reintegração ou a manutenção de posse em ação de interdito proibitório, se à época da propositura da demanda já existia turbação ou esbulho, e não uma simples ameaça”.

Gonçalves<sup>199</sup> defende a aplicabilidade mais abrangente do instituto em comento, eis que para o autor, a dúvida pode residir justamente no tipo de agressão sofrida pela posse, se esbulho, turbação ou mera ameaça, tornando duvidosa também a escolha da ação apropriada.

Registra o autor que “Como o direito material não fornece critérios precisos para distinguir, com segurança, entre as diversas formas de violação à posse, o legislador processual valeu-se do princípio da Fungibilidade das ações possessórias”.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. p. 191.

<sup>196</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 75.

<sup>197</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 76.

<sup>198</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: RT, 000, p. 260.

<sup>199</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 269.

<sup>200</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 268.



A Fungibilidade recursal recebeu previsão expressa no anterior Código de Processo Civil de 1939, dispondo, o seu artigo 810 que “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”.<sup>201</sup>

Tal previsão foi justificada pela circunstância de que, naquele diploma legal, o sistema recursal, para a verificação do recurso cabível, considerava o teor da decisão para definir a sua natureza. “As que julgavam o mérito eram impugnadas por sentença, e as que não o faziam, por agravo”.<sup>202</sup>

Diante das dúvidas freqüentes e controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais havidas sobre o tipo de recurso cabível contra determinada decisão, foi instituída a Fungibilidade, ressalvada a existência de má-fé ou erro grosseiro.<sup>203</sup>

O vigente Código de Processo Civil, entretanto, não recepcionou expressamente a previsão da Fungibilidade recursal.

Segundo Gonçalves<sup>204</sup>, a omissão legislativa levou em conta que o atual sistema recursal “[...] deixou de considerar o conteúdo da decisão impugnada para levar em conta sua finalidade de pôr ou não fim ao processo”, imaginando-se assim que não mais existiriam dúvidas objetivas quanto ao tipo de recurso cabível face à determinada decisão.

Para Wambier<sup>205</sup>, “A quase perfeição do sistema recursal da lei vigente fez pensar que não haveria hipótese de dúvida. Mas logo a realidade se mostrou outra”.

---

<sup>201</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 68.

<sup>202</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 68.

<sup>203</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 68.

<sup>204</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 68.

<sup>205</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. p. 637.

As controvérsias, mesmo reduzidas, não deixaram de existir, perpetuando a incidência da Fungibilidade, agora como Princípio implícito no sistema processual.<sup>206</sup>

Os requisitos para a aplicação do Princípio da Fungibilidade recursal continuam os mesmos daqueles previstos no Código de Processo Civil de 1939, quais sejam, a inexistência de erro grosseiro e de má-fé.<sup>207</sup>

Ambos os requisitos caracterizam a existência de uma dúvida objetiva, mediante o estabelecimento de uma verificável divergência doutrinária ou jurisprudencial acerca do adequado recurso a ser interposto.<sup>208</sup>

Conforme Dias<sup>209</sup>, dúvida ocorre quando ‘alguém’ não consegue precisar qual o tipo de recurso cabível contra a decisão proferida. “Esse ‘alguém’, para efeito de configuração do requisito da dúvida objetiva, tem sido entendido como os intérpretes doutrinários e jurisprudenciais”, e não a parte recorrente ou seu advogado, quando restaria configurada uma dúvida meramente subjetiva.

Enquanto parte da doutrina trata o requisito ‘ausência de erro grosseiro’ como decorrente da ‘existência de dúvida objetiva’, para Dias<sup>210</sup>, esta é um requisito positivo, posto que deve ser verificada para a aplicação do Princípio da Fungibilidade recursal, ao passo que o erro grosseiro é um requisito negativo, eis que somente na sua ausência a incidência da Fungibilidade torna-se autorizada.

Wambier<sup>211</sup>, ao tratar sobre os requisitos apontados como necessários, sustenta que “A ausência de má-fé é requisito que não deve ser exigido para aplicação do princípio”, verificando-se, apenas, a inexistência de erro

---

<sup>206</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 69.

<sup>207</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 69/70.

<sup>208</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 69.

<sup>209</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 69.

<sup>210</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 74.

<sup>211</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. p. 638.

grosseiro. Para o autor também não se deve exigir a observância do prazo estabelecido para o recurso apontado como adequado.

Gonçalves<sup>212</sup> compartilha do mesmo entendimento ao registrar que “Não é necessário condicionar a aplicação do princípio da Fungibilidade a que o recurso seja interposto sempre no prazo menor”, devendo o recorrente observar tão somente o prazo do recurso efetivamente interposto.

A incidência da Fungibilidade entre os procedimentos sumário e ordinário vem expressa nos parágrafos 4º<sup>213</sup> e 5º<sup>214</sup>, do artigo 277, do Código de Processo Civil, justificada pela impropriedade do rito empreendido, seja em razão do valor atribuído à causa ou à natureza da demanda, seja em virtude da necessidade de produção de prova técnica de maior complexidade.

No âmbito das tutelas de urgência, recentemente a legislação processual previu a possibilidade de aplicação da Fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipatórias, tópico este a ser pesquisado, na sua integralidade, no último capítulo da presente Pesquisa, momento em que será analisada a partir dos estudos efetuados sobre o Princípio do Acesso à Justiça.

No momento, necessária se faz a análise acerca da tutela jurisdicional e tutela jurisdicional de urgência, o que será abordado no item seguinte.

## 2.2 TUTELA JURISDICIONAL E TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA

Apesar das constantes inovações empreendidas na legislação, em especial na processual, permanece a insatisfação relativa à

---

<sup>212</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 71.

<sup>213</sup> “§ 4º, art. 277. O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário”. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>214</sup> “§ 5º, art. 277. A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade”. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

ineficiência ou demora para a solução das controvérsias levadas à apreciação jurisdicional.

Segundo Tucci<sup>215</sup>, “[...] o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional [...]” .

O direito processual é indispensável à sobrevivência do direito material, não sendo possível “[...] a tolerância da difundida lentidão do processo de conhecimento, e da sua conseqüente inefetividade para a tutela dos direitos”.<sup>216</sup>

Marinoni<sup>217</sup>, perceptível à situação em comento, sustenta que foi justamente o custo e a duração do processo, que obrigaram o processualista “[...] a partir em busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo”.

Segundo registra o autor, ao tratar sobre as tutelas diferenciadas<sup>218</sup> “[...] a noção de uma tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo”.<sup>219</sup>

Silva<sup>220</sup>, em abordagem ao tema, sustenta que “Se o Direito Processual Civil quiser cumprir sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel ao Direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado”.

---

<sup>215</sup> TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido Processo Legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 100.

<sup>216</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 1.

<sup>217</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. p. 27.

<sup>218</sup> Para o autor, “Tutela jurisdicional diferenciada quer significar, em certo sentido, tutela adequada à realidade de direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. p. 30.

<sup>219</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. p. 1.

<sup>220</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 413.

É a idéia atual e abrangente que se tem do Acesso à Justiça, que passa pela verificação da existência de distinção entre o direito à prestação jurisdicional e o direito à tutela jurisdicional.

A prestação jurisdicional pode ser entendida como o direito à conclusão do processo, mediante a prolação de uma sentença judicial, que se opera no campo da processualidade.<sup>221</sup>

Já a tutela jurisdicional, representa o direito à uma solução útil, prática e efetiva, que opera no campo da realidade e assegura a própria dignidade humana.<sup>222</sup>

Segundo assevera Zavascki<sup>223</sup>, “Tutelar (do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar, e, figuradamente, velar, vigilar) significa proteger, amparar, defender, assistir”.

O conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o de atividade de atuar a Jurisdição e o resultado decorrente desta atividade. Prestar a tutela jurisdicional significa “[...] formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos”.<sup>224</sup>

Para Bedaque<sup>225</sup>, “[...] a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano de direito material”.

Tem, portanto, a tutela jurisdicional, o significado de efetiva proteção a um direito ou situação jurídica, por intermédio da via judicial, de sorte a

---

<sup>221</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência – princípio sistemático da fungibilidade**. P. 84.

<sup>222</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência – princípio sistemático da fungibilidade**. p. 84.

<sup>223</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 05.

<sup>224</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 06

<sup>225</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 24.

significar mais do que o direito de ação. “É o estudo da técnica processual a partir do seu resultado e em função dele”.<sup>226</sup>

Marinoni<sup>227</sup> sustenta que “[...] a tutela jurisdicional também é prestada quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor, e mesmo quando é constatada a ausência de condição da ação [...]”.

De qualquer sorte, ao considerar tais aspectos, observa-se que se busca com o processo uma proteção específica a determinado direito, o que implica a existência de um modelo sistemático de atos.<sup>228</sup>

Conforme assevera Dias<sup>229</sup>, “A Jurisdição somente age verdadeiramente quando esse conjunto sistemático de atos é realmente adequado à tutela pretendida [...]”.

Zavascki<sup>230</sup>, ao tratar sobre a tutela definitiva e a tutela provisória, identifica a existência de uma ‘tutela-padrão’ prometida pelo Estado, que é construída e prestada no âmbito de um processo exauriente e assume um caráter de definitividade.

A prestação da tutela definitiva não é imediata, posto que, entre o período que intermeia o pedido e a entrega efetiva, próprio ao exercício do contraditório e da ampla defesa, “[...] decorrerá, necessariamente, um razoável espaço de tempo, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficientes que sejam os serviços judiciários”.<sup>231</sup>

O processo de cognição clássico encontra-se em crise, apresentando-se insubsistente e ineficaz, inapto a atingir os fins a que se destina,

---

<sup>226</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo.** p. 26.

<sup>227</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência.** p. 11.

<sup>228</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência – princípio sistemático da fungibilidade.** p. 85.

<sup>229</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência – princípio sistemático da fungibilidade.** p. 86.

<sup>230</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela.** p. 18.

<sup>231</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela.** p. 25.

mormente considerando a distância entre o momento de ameaça ou violação da norma e a satisfação pretendida para a solução do conflito.<sup>232</sup>

Diante de tal perspectiva, várias são as técnicas instrumentais de que o direito processual se vale para o alcance da efetividade e amortização dos efeitos do tempo sobre o processo.

Figueira Júnior<sup>233</sup> afirma que, na minimização desta reconhecida crise, “[...] assumem relevância as tutelas de urgência (cautelares e antecipatórias) diante das suas funções sociais e jurídicas, comumente aptas a reduzir a incidência impiedosa do fator ‘tempo’ no curso do processo, sobretudo nas ações cognitivas de rito ordinário”.

Tratam-se, em suma, de medidas tomadas no curso do processo, antes do resultado final, a fim de afastar situações de risco de dano à efetividade processual, prejuízo este inevitavelmente decorrente da demora na prestação jurisdicional definitiva.

As tutelas de urgência, assumindo esta função social, mediante a concessão de liminares, acautelatória ou antecipatória, realizam, por intermédio do Estado-juiz, “[...] a abreviação dos conflitos de interesses resistidos ou insatisfeitos, [...], com o ideal sempre voltado à pacificação social, como bem maior perseguido na distribuição da Justiça”.<sup>234</sup>

A outorga de poderes aos magistrados para o deferimento de medidas antecipatórias, sob a forma de liminares, “deve ser saudada como um importantíssimo avanço no rumo de uma maior efetividade da tutela processual”.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 08.

<sup>233</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. p. 11.

<sup>234</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. p. 11.

<sup>235</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. p. 417.

Desta forma, com a concessão da tutela de urgência, seja na forma cautelar ou antecipatória, uma vez presentes os requisitos legalmente exigidos, tem-se o imediato atendimento do pleito levado à apreciação judicial.

A tutela jurisdicional de urgência, portanto, vai além da simples prestação jurisdicional, que se dá, comumente, após longo decurso de tempo, através de uma cognição plena e exauriente, o que acarreta, por vezes, sérios danos ao próprio direito.

Para Zavascki<sup>236</sup>, a urgência que justifica a concessão da tutela provisória, “[...] está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição”.

Conforme Marinoni<sup>237</sup>, as tutelas ditas diferenciadas, “[...] devem situar-se como contrapartida ao direito à adequada tutela jurisdicional”, como representação concreta do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.<sup>238</sup>

A própria Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, como anteriormente assinalado, fez incluir, na parte destinada aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, “[...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.<sup>239</sup>

Entretanto, se a apreciação do pleito judicialmente deduzido ocorrer de forma tardia, quando o próprio direito já não for capaz de ser tutelado,

---

<sup>236</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 28.

<sup>237</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. p. 20.

<sup>238</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Constituição da República Federativa do Brasil. [http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf005.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf005.htm), acesso em 08 de fevereiro de 2.006.

<sup>239</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. [http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Ref\\_Jud/EC\\_45.html](http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Ref_Jud/EC_45.html), acesso em 08 de junho de 2005.



o processo não atinge os objetivos visados, tornando inócua a tutela jurisdicional invocada.

Não basta, portanto, a certeza de que o acerto da lide se fará na decisão de mérito a ser futura e indefinidamente proferida, mas é preciso que esse pronunciamento final não se delongue de forma desmesurada, a ponto até de comprometer a validade prática da decisão.<sup>240</sup>

Para Mesquita<sup>241</sup>, a demora na prestação da tutela jurisdicional não pode recair ao jurisdicionado. Diante do risco da sua não efetivação, devem ser adotadas medidas que garantam a execução ou antecipem os efeitos da decisão final, de sorte a eliminar qualquer percalço que comprometa a satisfação integral do bem da vida.

De acordo com Friede<sup>242</sup>, a célebre frase de Rui Barbosa 'a Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta', "[...] reflete a idéia fundamental que corresponde exatamente ao permanente desafio que nucleia a noção mais elementar que a Sociedade ostenta em relação à prestação jurisdicional propriamente considerada".

Para uma melhor compreensão dos institutos em comento, promover-se-á o estudo individualizado de cada tutela de urgência, antecipatória e cautelar.

## 2.3 TUTELA ANTECIPADA GENÉRICA

A inclusão da Tutela Antecipada genérica no sistema processual brasileiro foi inicialmente sugerida por Ovídio Baptista da Silva durante

---

<sup>240</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 169.

<sup>241</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 173.

<sup>242</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada reforma do código de processo civil**. 6. ed. Atualizada e ampliada de acordo com a Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 5.

o 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em julho de 1.983, na cidade de Porto Alegre, ao propor fosse acrescentado parágrafo único<sup>243</sup> ao artigo 285, do Código de Processo Civil, com a previsão da tutela antecipada, ainda que de forma restrita.<sup>244</sup>

A proposta constou do anteprojeto de lei de 1985, elaborado por uma Comissão Revisora formada pelo Ministério da Justiça para estudar reformas ao Código de Processo Civil de 1973, o qual previa a introdução dos artigos 889-E a 889-G.<sup>245</sup>

Na continuidade dos estudos empreendidos, cerca de dez anteprojeto de lei foram elaborados, sob os auspícios da Escola Nacional da Magistratura, sendo que um deles resultou na Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, responsável pela inserção da Tutela Antecipada genérica no direito processual civil brasileiro, com as alterações empreendidas pela Lei 10.444/02, de 7 de maio de 2002.<sup>246 247</sup>

---

<sup>243</sup> “Parágrafo único - Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência.” Carneiro, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 15.

<sup>244</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 15.

<sup>245</sup> “Art. 889-E. O juiz, no processo de cognição de procedimento comum ou especial, poderá, a pedido do autor, antecipar a tutela por ele pretendida, desde que: I - ocorrendo revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente; II - a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para fina, da tutela pretendida. Parágrafo único. A antecipação da tutela atenderá ao disposto neste Código sobre execução provisória. Art. 889-F. O pedido de antecipação de tutela será autuado em apenso, decidindo-o o juiz no prazo de (05) cinco dias, com posterior ciência aos interessados de sua decisão. Parágrafo único. Se deferida, atenderá ao disposto para a execução provisória. Art. 889-G. Quando a medida cautelar pleiteada equivale à antecipação da tutela (art. 804, parágrafo único), proceder-se-á como ali determinado.” CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 15. .

<sup>246</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas prevista nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

A iniciativa foi resultado alcançado “[...] a partir das ponderações que retratam a preocupação em buscar uma prestação jurisdicional mais célere e, sob esse aspecto, dotado de maior efetividade no sentido amplo”.  
248

Para Marinoni<sup>249</sup>, “A técnica antecipatória, na realidade, nada mais é do que uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo”.

Sustenta ainda o autor que “O uso da tutela cautelar com fins satisfativos, ou como técnica da antecipação da tutela de conhecimento, aliado ao problema [...] da desnecessidade duplicação de procedimentos para a tutela do direito material” foi o que fez com que o legislador brasileiro promovesse a introdução da Tutela Antecipada no Código de Processo Civil brasileiro.<sup>250</sup>

A partir da inserção da Tutela Antecipada no sistema processual brasileiro, em específico no âmbito do processo de conhecimento, “[...] o processo cautelar reassume a sua fisionomia própria, deixando de ser repositório de pretensões materiais que, por esgotarem o seu objeto, sempre foram vistas com desconfiança pelos tribunais”.<sup>251</sup>

Salienta Nery Júnior<sup>252</sup> que uma vez inserta a antecipação de tutela genérica no Direito brasileiro, “[...] não há mais razão para que seja

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>247</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 16.

<sup>248</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: à luz da denominada reforma do código de processo civil. p. 21/22.

<sup>249</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 47.

<sup>250</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. p. 22.

<sup>251</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 28.

<sup>252</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Procedimentos e Tutela Antecipada. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 383.

utilizado o expediente das impropriamente denominadas *cautelares satisfativas*, [...], pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar”.

Com a previsão da Tutela Antecipada genérica, “[...] o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito”.<sup>253</sup>

Conforme Carreira Alvim<sup>254</sup>, a Tutela Antecipada é a “[...] própria pretensão material traduzida no pedido, tendo conteúdo substancial, havendo, no todo ou em parte, coincidência entre o conteúdo do provimento liminar (decisão) e o provimento definidor da lide (sentença)”.

Antecipar os efeitos da sentença é providência que possui natureza jurídica executiva *lato sensu*, com o objetivo de conceder ao autor, no todo ou em parte, a pretensão deduzida em juízo ou os efeitos daí decorrentes. É considerada satisfativa no plano dos fatos, posto que realiza o direito, dando ao autor o bem da vida perseguido no processo de conhecimento.<sup>255</sup>

Recebe, assim, o Poder Judiciário, um importante instrumento de realização imediata do direito material reclamado, mormente porque, em grande parte das situações, a lentidão para o recebimento da tutela definitiva postulada é fator de descontentamento dos jurisdicionados.

Trata-se, portanto, a Tutela Antecipada, de verdadeira outorga adiantada da pretensão objetivada no processo de conhecimento.

Aduz Nery Júnior<sup>256</sup> que o pedido de Tutela Antecipada é cabível em toda a ação de conhecimento, seja pelo procedimento comum

---

<sup>253</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 44.

<sup>254</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 32.

<sup>255</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Procedimentos e Tutela Antecipada. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 383.

<sup>256</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Procedimentos e Tutela Antecipada. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 394-395.

ordinário, sumário ou especial, “[...] pois o instituto da tutela antecipada vem localizado, no CPC, na parte geral do procedimento, logo no início do regulamento do processo de conhecimento”.

Em relação ao seu conteúdo ou objeto antecipável, sustenta Zavascki<sup>257</sup> que, o que se antecipa não é a certificação do direito, nem a constituição ou condenação postulada como tutela definitiva. O que resta antecipado são “[...] os efeitos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade. [...] antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal”.

Conforme Carneiro<sup>258</sup>, “[...] os efeitos antecipados devem ser aqueles que a (provável) sentença de procedência da demanda terá aptidão para produzir”, eis que o juiz não pode antecipar efeitos mais amplos e tão pouco efeitos de natureza diversa, do que aqueles decorrentes da futura sentença, sob pena de a decisão ser considerada *ultra petita* e *extra petita*<sup>259</sup>, respectivamente.

Para a verificação dos efeitos passíveis de serem antecipados, parte-se da classificação quinária<sup>260</sup> das ações de conhecimento e conseqüentemente das sentenças proferidas, considerando sua eficácia preponderante.

Na ação declaratória, a sentença limita-se ao reconhecimento e conseqüente declaração da existência ou não de uma relação jurídica, com a outorga às partes do benefício da certeza; na ação constitutiva, a sentença cria, modifica ou extingue uma relação jurídica anteriormente existente;

---

<sup>257</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. p. 84.

<sup>258</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

<sup>259</sup> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>260</sup> “[...] no plano puramente instrumental, encontramos a classificação quinária das ações, que sistematiza as demandas, levando em consideração os seus elementos e efeitos instrumentais, nos seguintes termos: a) declaratória; b) constitutiva; c) condenatória; d) mandamental; e) executiva ‘lato sensu’”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. p. 49.

na ação condenatória o juiz condena o réu a efetuar uma prestação, constituindo título executivo para satisfação através da ação de execução; na ação mandamental o juiz ordena a observância de determinada conduta, sob pena de determinada sanção; na ação executiva *lato sensu* o juiz, ao mesmo tempo em que reconhece o direito e emite determinada ordem, concede os meios necessários à sua realização, independente da propositura de outra ação.<sup>261</sup>

Carneiro<sup>262</sup> sustenta que “Feita esta digressão, vê-se desde logo que há um bem da vida que não pode ser antecipado: a certeza jurídica, decorrente da sentença declaratória com trânsito em julgado”, eis que, uma ‘certeza provisória’, sujeita a revogação ou modificação, não é certeza.

Mesmo entendimento é esposado por Assis<sup>263</sup>, ao afirmar que somente a certeza, efeito da sentença declarativa, não comporta antecipação. Admite, portanto, “[...] a antecipação do efeito constitutivo (o estado de divorciado), da condenação (o título executivo), da execução (o intercâmbio patrimonial) e do mandamento (a ordem)”.

Para Lopes<sup>264</sup>, “[...] a antecipação de tutela não se harmoniza com a finalidade da ação declaratória”, sendo inviável a antecipação da declaração, mas tão somente efeitos práticos dela decorrentes. Segundo o autor, a tutela antecipada também “[...] não se ajusta à natureza da ação constitutiva, posto que a constituição ou desconstituição de determinada relação jurídica não pode ser provisória”.

Bedaque<sup>265</sup> afirma que o pleito antecipatório “[...] não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que possa qualquer delas produzir no plano material”.

---

<sup>261</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 39-40.

<sup>262</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 41.

<sup>263</sup> ASSIS, Araken. Antecipação de tutela. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 22.

<sup>264</sup> LOPES, João Batista. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 210-211.

<sup>265</sup> BEDAQUE, José Roberto. Antecipação da Tutela Jurisdicional. In **Aspectos polêmicos da**

Ao considerar o posicionamento alinhado da doutrina sobre o tema, afirma Carneiro<sup>266</sup> que pelo deferimento da tutela antecipada, o juiz dará, de forma provisória ao requerente, “[...] na medida do que é possível conceder a título não definitivo, o bem da vida pretendido na inicial, integradas no conceito de ‘bem da vida’ também aquelas conseqüências inerentes à sua concessão”.

A possibilidade da concessão, portanto, está intimamente vinculada à provisoriedade da medida que se pretende antecipar.

Conclui o autor que, nas ações declaratórias, não é possível antecipar seu conteúdo nuclear, qual seja, a certeza jurídica. Nas ações constitutivas, o elemento nuclear poderá ser antecipado, desde que compatível com a provisoriedade própria da tutela antecipada. Nas ações condenatórias, pode haver a antecipação da obrigação de pagar, com a utilização das regras da execução forçada, sendo possível ainda o pagamento imediato do crédito reclamado<sup>267</sup>. Nas ações executivas *lato sensu* e nas ações mandamentais, a tutela pode ser antecipada e efetivada mediante a imposição de multa ou meios executivos específicos.<sup>268</sup>

Os requisitos previstos para a concessão da tutela antecipada estão evidenciados no *caput* do artigo 273<sup>269</sup> do Código de Processo Civil, quais sejam, o requerimento da parte, a existência de prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

---

**antecipação de tutela.** Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 230.

<sup>266</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** p. 45.

<sup>267</sup> “[...] é perfeitamente possível, a nosso sentir, o pagamento imediato, determinado na AT, através da inclusão do credor em folha de pagamento imediato, determinando na AT, através da inclusão do credor em folha de pagamento da empresa ré, ou através da apropriação de alugueres devidos ao réu, máxime ao réu, máxime nos casos de pagamento de caráter alimentar”. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** p. 47.

<sup>268</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** p. 46/47.

<sup>269</sup> “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:[...]” Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

Além destes, consta dos incisos I e II<sup>270</sup>, do artigo 273, do mesmo diploma legal, a necessidade da caracterização do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o manifesto propósito protelatório do réu.

No parágrafo 2º<sup>271</sup>, do artigo 273, ainda se tem a previsão da não concessão do provimento pleiteado em caso de irreversibilidade.

Desta forma, observa-se que os requisitos legais exigidos para a concessão da antecipação da tutela são: requerimento da parte; existência de prova inequívoca em relação aos fatos que fundamentam o pedido de antecipação da tutela; a verossimilhança das alegações suscitadas; a ocorrência de fundado receio de dano ou de difícil reparação, ou a caracterização do abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu e a reversibilidade da providência antecipada que se postula, caso o pedido ao final seja julgado improcedente.

Ao dispor a legislação processual, a possibilidade de o Juiz, mediante o requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida, uma vez verificados os requisitos especificados, elimina a concessão da medida de ofício pelo magistrado, independente da provocação da parte interessada.

Para Figueira Júnior<sup>272</sup>, a impossibilidade é decorrente do Princípio da Inércia, em que, via de regra, o juiz não procede de ofício. Desta forma, possuindo o autor interesse na obtenção da medida “[...] haverá de requerê-la expressamente na petição inicial, se já configuradas as circunstâncias ensejadoras do pedido liminar, ou, em momento procedimental posterior, ao caracterizar-se a hipótese em concreto, sem que o julgador possa concedê-la *ex officio*”.

---

<sup>270</sup> “Art. 273. [...] I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>271</sup> “§ 2º, art. 273. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>272</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. p. 38



Como 'parte', deve-se considerar aquele que está postulando a tutela definitiva que pretende antecipar, seja o autor, o reconvinente, o oponente ou o substituto processual. Nas ações de natureza dúplice, em que poderá o réu receber a tutela definitiva mediante pleito formulado na própria contestação, é possível também o requerimento de antecipação de tutela em seu favor.<sup>273</sup>

É o que assevera Bedaque<sup>274</sup>: “Não tem o réu legitimidade para requerê-la, salvo nas hipóteses das chamadas ações dúpliques, em que lhe é permitido formular pretensão na própria contestação”.

A prova inequívoca de que trata o *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil, deve ser concebida como aquela que “[...] apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outros termos, aquela prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável”.<sup>275</sup>

Carreira Alvim<sup>276</sup> admite, além da prova documental, também a prova testemunhal, o depoimento pessoal e a prova pericial, desde que possuam um grau de probabilidade e sejam produzidas no momento processual oportuno. Não aceita, portanto, aquelas produzidas antecipadamente, fora do contraditório.

A antecipação deve apoiar-se em prova preexistente, não necessariamente documental. O que se exige é que seja clara, evidente e que conduza a um grau de convencimento passível de não suscitar dúvida razoável.<sup>277</sup>

---

<sup>273</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. p. 103.

<sup>274</sup> BEDAQUE, José Roberto. Antecipação da Tutela Jurisdicional. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 230.

<sup>275</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 61.

<sup>276</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 62.

<sup>277</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação da Tutela Jurisdicional. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 194.

De acordo com Theodoro Júnior<sup>278</sup>, “É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”.

Observa Dias<sup>279</sup> que “[...] o sentido dado à prova inequívoca é associado ao de efetiva credibilidade para comprovar (probabilisticamente) as alegações formuladas pela parte que requer a antecipação da tutela jurisdicional”.

Para Carneiro<sup>280</sup>, nenhuma prova será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável, eis que “[...] a ‘inequívocidade’ da prova representa inclusive sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o ‘juízo de verossimilhança’, capaz de autorizar a antecipação da tutela”.

Assevera Dias<sup>281</sup> que “[...] o sentido da expressão ‘prova inequívoca’ está destinado não a qualificar a prova em si mesma, mas sim, a qualificar o raciocínio, o juízo formulado pelo magistrado a respeito desta mesma prova”.

A verossimilhança, segundo Silva<sup>282</sup>, decorre do termo verossímil. “De verossímil (plausível), entende-se a plausibilidade, a probabilidade de ser”.

Pode ser concebida como forte convicção pelo juiz de que tanto a questão de fato quanto a questão de direito suscitadas pelo autor induzem que o mesmo faz jus à concessão da tutela antecipada pleiteada.<sup>283</sup>

---

<sup>278</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação da Tutela Jurisdicional. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 194-195.

<sup>279</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 134.

<sup>280</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 21/22.

<sup>281</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 137.

<sup>282</sup> SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2004, p. 1.477.

<sup>283</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 26.

Para Assis<sup>284</sup>, a verossimilhança referida como requisito para a concessão da tutela antecipada refere-se a um juízo de mera plausibilidade do direito invocado.

Trata-se de conceito relativo, eis que depende da percepção de cada julgador quando da apreciação dos requisitos para a concessão da medida de urgência postulada.<sup>285</sup> “Deve, portanto, ser deixada ao prudente arbítrio do juiz, que a resolverá segundo as circunstâncias que cercam cada caso, diante do exame das relações existentes entre as provas feitas e os fatos que se pretendem provar”.<sup>286</sup>

Alvim<sup>287</sup>, ao tratar sobre o critério lógico de verificação da verossimilhança, esclarece que em sede de antecipação de tutela, os estados do intelecto do julgador diante da verdade são de: ignorância, dúvida, opinião e certeza. Excluindo-se a ignorância, que é o completo desconhecimento e a certeza, que corresponde ao conhecimento completo, volta-se às situações intermediárias de dúvida e opinião.

Diante de um pedido de antecipação de tutela, muitas vezes o julgador fica em uma situação de dúvida, sendo necessário formar uma opinião, mediante a análise das alegações suscitadas e as provas constantes dos autos, de sorte a promover uma avaliação dos motivos convergentes e divergentes em relação à pretensão do demandante.<sup>288</sup>

Para o autor, portanto, a verossimilhança se firma em um juízo de probabilidade resultante da análise dos motivos favoráveis (convergentes) e contrários (divergentes). “Se os motivos convergentes são

---

<sup>284</sup> ASSIS, Araken. Antecipação de tutela. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. p. 25.

<sup>285</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 26.

<sup>286</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. p. 1.477.

<sup>287</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 47.

<sup>288</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 47.

superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui”.<sup>289</sup>

Afirma Carneiro<sup>290</sup> que, a verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, “[...] é mais do que o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar; mas não é preciso chegar a uma ‘evidência indiscutível’”.

Observa-se, portanto, que os pressupostos relativos à prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança das alegações estão muito próximos e devem ser conjugados, de sorte a conceber-se como cumpridos os requisitos quando existente prova inequívoca capaz de criar no julgador um juízo de verossimilhança, apto à concessão da tutela antecipada.

É o que afirma Dinamarco<sup>291</sup>: “O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação”.

Além da presença dos requisitos gerais constantes do *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil, há ainda que se fazer presente uma das hipóteses insertas nos incisos I e II, quais sejam, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação advém do risco de que o não adiamento da prestação tutela jurisdicional cause lesão ao direito afirmado, traduzindo-se na inutilidade de decisão tardia.

---

<sup>289</sup> Cita o autor o exemplo para elucidar a hipótese: “Se coloco cinco bolas brancas e cinco vermelhas em uma caixa, é difícil prever se vou tirar bola branca ou vermelha, porque seu número é equivalente (são idênticos os motivos convergentes e divergentes). É possível que eu tire uma bola branca, mas é possível também que tire uma vermelha. A situação é de *dúvida*. Estaria no âmbito da mera *possibilidade*. Se aumento as bolas brancas e diminuo as vermelhas, começo a adentrar-me no campo da probabilidade. [...]. À medida que vou colocando mais bolas brancas e diminuindo as vermelhas [...], vou elevando o grau de probabilidade, chegando até uma situação próxima do probabilíssimo, já adentrando nos domínios da certeza [...]. Carreira Alvim, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 48/49.

<sup>290</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 25.

<sup>291</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995. p. 143.

No entender de Dias<sup>292</sup>, o risco deve ser entendido como “[...] a possibilidade de uma situação que importe na inviabilização do direito material afirmado pela parte autora”.

O ‘receio’ corresponde à apreensão de um dano que ainda não ocorreu, entretanto, está prestes a concretizar-se. Para ser ‘fundado’, deve vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, passíveis de demonstrar que a ausência da tutela postulada dará ensejo ao dano, irreparável ou de difícil reparação.<sup>293</sup>

Para Friede<sup>294</sup>, o denominado receio de dano deve “[...] ser objetivamente fundado [...], calculado, de forma a mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em existência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por conseqüência, afastado”.

Como dano irreparável deve-se entender aquele “[...] faticamente impossível de ser reconstruído para possibilitar seu exercício”, sendo que o dano de difícil reparação é aquele em que “[...] a reparação seria possível, [...], mas os óbices a isso se tornariam tão gravosos que praticamente o equiparariam à irreparabilidade”.<sup>295</sup>

‘Abuso do direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório do réu’ são expressões de conteúdo indeterminado, sujeitas a um preenchimento valorativo para cada caso em concreto.<sup>296</sup>

Para Marinoni<sup>297</sup>, a concessão da tutela antecipada com fundamento no ‘abuso do direito de defesa’ apenas se justifica “[...] quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor

---

<sup>292</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 143.

<sup>293</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 96.

<sup>294</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: (à luz da denominada Reforma do Código de Processo Civil)**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63.

<sup>295</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 143.

<sup>296</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 77.

<sup>297</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 112.

resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito”.

No que se refere ao ‘manifesto propósito protelatório’, muito embora a expressão sugira que já a mera intenção (propósito) de protelar o feito autorize a concessão da tutela antecipada, somente a efetiva prática de atos ou omissões pelo réu, destinados a retardar o desenvolvimento regular do processo, justificam o deferimento da medida postulada.<sup>298</sup>

Segundo Zavascki<sup>299</sup>, “[...] a antecipação da tutela só se justificará se necessária (princípio da necessidade), ou seja, se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento”.

Como requisito verificável para a antecipação, tem-se ainda a exigência de reversibilidade da tutela de urgência pretendida, de sorte a tornar viável, em caso de revogação ou não confirmação posterior, o retorno ao estado anterior da concessão da medida.

Para Bedaque<sup>300</sup>, “A irreversibilidade, como óbice à concessão da medida liminar, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação”.

A irreversibilidade não é qualidade do provimento, mas da própria conseqüência fática que dele resulta, uma vez que esta é que pode correr o risco de não conseguir retornar ao estado anterior, seja total ou parcialmente, seja mediante elevado custo, não suportável pela parte beneficiada.<sup>301</sup>

---

<sup>298</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 77.

<sup>299</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 78.

<sup>300</sup> BEDAQUE, José Roberto. Antecipação da Tutela Jurisdicional. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 238.

<sup>301</sup> Exemplifica o autor: “Pense-se na hipótese em que, para salvar a vida de paciente, se peça contra a sua vontade autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Ninguém porá em dúvida que o provimento será, no caso, irreversível – aliás, ‘irreversibilíssimo’ – admitindo, quando muito, a substituição da perna amputada por uma mecânica. Mas também afirmará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2º do art.273, amputar uma perna, pelo simples fato de que essa amputação possa na sentença revelar-se precipitada”. CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 108-109.

Carneiro<sup>302</sup> adverte que se trata de um conceito relativo e a questão deve ser analisada e harmonizada com os princípios constitucionais da efetividade e do Acesso à Justiça, que se inclinam à concessão da tutela antecipada e o princípio da segurança jurídica, que aponta para o não deferimento de medidas irreversíveis.

Conforme assevera o autor, a situação deve ser resolvida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, “[...] pelo qual, ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não-indenizável, devem ponderar-se os valores em jogo e, em função dessa ponderação, eventualmente chegar-se a conceder a antecipação”.<sup>303</sup>

Compete, portando, ao magistrado, diante de cada caso em concreto, em havendo a possibilidade de irreversibilidade do provimento antecipado, avaliar se o direito invocado pelo autor é verdadeiramente plausível e se a antecipação dos efeitos da tutela pretendida é a solução mais adequada.

Quanto ao momento adequado para o deferimento da tutela antecipada, tem-se que a medida de urgência pode ser concedida antes mesmo de operar-se a citação do réu, dependendo do nível de convencimento do Juiz ao receber a petição inicial, assim como da urgência do pleito deduzido.<sup>304</sup>

O entendimento acerca da possibilidade de antecipação da tutela *inaudita altera pars*<sup>305</sup>, entretanto, não é unânime entre os doutrinadores nacionais.

Para Zavascki<sup>306</sup>, “Antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte requerida. Trata-se de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório que a ninguém é lícito desconsiderar”.

---

<sup>302</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 72-73.

<sup>303</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. p. 73-74.

<sup>304</sup> ASSIS, Araken. Antecipação de tutela. In **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 30.

<sup>305</sup> “Sem ouvir a outra parte”. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2004. p. 721.

<sup>306</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 105.

Observa-se, contudo, que o contraditório não será sacrificado, apenas postergado, sobrepondo-se a este eventual urgência vislumbrada pelo julgador.

O ato do juiz que defere ou indefere a antecipação da tutela é decisão interlocutória, consoante a definição contida no artigo 162, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil<sup>307</sup>, razão pela qual poderá ser impugnada através de Agravo de Instrumento, nos termos do artigo 522<sup>308</sup> do mesmo diploma processual.

A decisão deve ser devidamente fundamentada, conforme o disposto no artigo 165<sup>309</sup>, do Código de Processo Civil e artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>310</sup>, tanto no que refere à decisão que concede a tutela antecipada quanto aquela que a indefere, revogue ou a modifique.

Quanto ao momento procedimental oportuno ao deferimento da concessão da antecipação da tutela, assevera Figueira Júnior<sup>311</sup> que desde a propositura da ação até os últimos momentos que antecedem a prolação de sentença há a possibilidade da concessão da medida, uma vez presentes os pressupostos para seu acolhimento.

---

<sup>307</sup> Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. [...] § 2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>308</sup> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, 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, quando será admitida a sua interposição por instrumento. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, com alteração dada pela Lei 11.187, de 18 de janeiro de 2006. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006,

<sup>309</sup> Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 485; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>310</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciária serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. Constituição da República Federativa do Brasil. [http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf005.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf005.htm), acesso em 08 de fevereiro de 2.006.

<sup>311</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** p. 97.



Uma vez proferida a sentença, encerra o juiz seu ofício jurisdicional<sup>312</sup>, não podendo mais apreciar qualquer pleito a título de tutela antecipada. Interposto eventual recurso com efeito suspensivo, poderá ao autor pleitear ao relator a concessão da tutela, cuja decisão substituirá aquela que fora objeto de impugnação, eis que precedente ao julgamento definitivo.<sup>313</sup>

Para Wambier<sup>314</sup>, afigura-se possível a concessão da antecipação da tutela na sentença de mérito, eis que, “[...] se pode ser concedida liminarmente, razão de espécie alguma existe para que não possa ser concedida na sentença, decisão proferida em momento em que o juiz tem cognição plena e exauriente dos fatos da causa”.

Entretanto, em se tratando de tutela antecipada concedida no bojo de uma sentença sujeita a recurso recebido em seu duplo efeito, devolutivo e suspensivo, a providência somente poderia ser executada após a confirmação da sentença, com o julgamento da apelação.

Wambier<sup>315</sup> assinala que o problema somente existia pela ausência de cautela do legislador, ao permitir a subsistência no sistema recursal do evidente paradoxo: “Decisões proferidas com base em verossimilhança, de regra, seriam imediatamente exequíveis. Sentenças, de regra, estão sujeitas a recurso com efeito suspensivo. E a medida antecipatória, concedida ou confirmada pela sentença, uma vez interposta a apelação, estava destinada a não gerar efeitos”.

---

<sup>312</sup> Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional [...]. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>313</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. p. 97.

<sup>314</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e Wambier, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99-100.

<sup>315</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e Wambier, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de processo civil**. p. 101.

Assevera o autor que, diante de tal paradoxo, a doutrina<sup>316</sup> sugeria que o juiz proferisse, embora concomitantemente, uma decisão interlocutória e uma sentença.<sup>317</sup>

Contudo, uma vez proferida a decisão concessiva da tutela antecipada na própria sentença, solução foi apontada, no sentido de cindir esta decisão para efeitos recursais. Assim, “[...] o duplo efeito da apelação não pode abranger a parte da sentença em que se concedeu a antecipação da tutela, pois esta parte da decisão reclama execução imediata”.<sup>318</sup>

Após a edição da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, o artigo 520, do Código de Processo Civil, que excepciona as hipóteses de recebimento da apelação em seu duplo efeito, promoveu a inserção do inciso VII<sup>319</sup>, prevendo de forma expressa o recebimento da apelação tão somente no efeito devolutivo das apelações interpostas contra sentenças que confirmem a antecipação dos efeitos da tutela.

Conforme Wambier<sup>320</sup>, esse dispositivo põe fim à discussão sobre a possibilidade de o juiz poder ou não conceder a tutela antecipada na própria sentença. Sustenta ainda o autor que, tendo a lei optado por retirar da apelação o efeito suspensivo quando o juiz confirma ou concede, na sentença, a tutela antecipada, “[...] deve-se limitar a ausência de efeito suspensivo à parte da sentença em que os efeitos da tutela foram antecipados”.

---

<sup>316</sup> Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni, in A antecipação da tutela na reforma do processo civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 61.

<sup>317</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e Wambier, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de processo civil.** p. 101.

<sup>318</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e Wambier, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de processo civil.** p. 103.

<sup>319</sup> Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: [...] VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>320</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e Wambier, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de processo civil.** p. 103.

Analisadas as principais peculiaridades acerca da tutela antecipada, necessária se faz a pesquisa sobre a tutela cautelar, tema a ser abordado no item seguinte.

## 2.4 TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar, assim como a tutela antecipada, é considerada pelo sistema processual brasileiro como espécie do gênero 'tutela de urgência' e destina-se a assegurar a eficácia e a utilidade do direito material, ou seja, o resultado útil do processo principal, seja de conhecimento ou de execução.

Segundo Friede<sup>321</sup>, "O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição – conhecimento e execução".

Ao contrário da tutela antecipada, a medida cautelar, tecnicamente, não possui natureza satisfativa, mas busca a prevenção de eventuais prejuízos insanáveis que possam surgir antes ou no curso do processo principal. "A característica mais marcante da garantia cautelar é, a de dar instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar".<sup>322</sup>

Para Marinoni<sup>323 324</sup>, enquanto a tutela antecipada realiza a pretensão ao antecipar os efeitos da sentença, a tutela cautelar jamais poderá satisfazer, eis que "[...] a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização do direito, razão pela qual a tutela que realiza o direito, embora mediante cognição sumária, extrapola os lindes da cautelaridade".

---

<sup>321</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: à luz da denominada reforma do código de processo civil. p. 215.

<sup>322</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: à luz da denominada reforma do código de processo civil. p. 215.

<sup>323</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. p. 58.

<sup>324</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. p. 41-42.

Wambier<sup>325</sup>, ao tratar sobre a questão da incompatibilidade da 'satisfatividade' com a natureza da tutela cautelar, assevera que o termo comporta diversos sentidos. Satisfatividade pode representar: a) coincidência entre o provimento principal e o cautelar; b) irreversibilidade da medida que se pretende obter; c) prescindibilidade da propositura de uma ação principal. Para o autor, somente a característica "b", que trata da irreversibilidade, não pode estar presente em se tratando de medida cautelar.

A atividade cautelar, portanto, opera no sentido de afastar um perigo de dano à própria efetividade da tutela jurisdicional e corresponde a um instrumento a ser utilizado quando as circunstâncias assim o exigirem.<sup>326</sup>

Através do processo cautelar busca-se a garantia de eficácia plena do provimento jurisdicional a ser obtido futura ou concomitantemente em um processo principal.<sup>327</sup>

O Processo Cautelar vem regulado no Livro III, do Código de Processo Civil brasileiro, ao lado do Processo de Execução (Livro II) e do Processo de Conhecimento (Livro I). Possui um único Título, denominado 'Das Medidas Cautelares'. O respectivo Livro está dividido em dois Capítulos, o primeiro destinado às disposições gerais e o segundo que trata dos procedimentos cautelares específicos.

As características do processo cautelar sofrem pequena variação no âmbito doutrinário. As principais características mencionadas são: autonomia; acessoriedade; instrumentalidade; referibilidade; preventividade; provisoriedade e revogabilidade.

O processo cautelar é autônomo, posto que nasce com uma petição inicial e tem seu termo final com uma sentença, razão pela qual não se trata de mero incidente processual.<sup>328</sup>

---

<sup>325</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Renato Costa Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

<sup>326</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p.105.

<sup>327</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, Almeida, Renato Costa Correia de e Talamini, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

Para Carpena<sup>329</sup>, a autonomia a que se refere não é absoluta, eis que em casos de improcedência da ação principal ou de sua extinção sem julgamento do mérito, o resultado da ação cautelar não poderá ser outro senão o mesmo do processo principal. Assim, em casos tais, a autonomia do processo cautelar teria apenas um caráter formal.

A autonomia da tutela cautelar, entretanto, não deve ser entendida no sentido de concebê-la como um fim em si mesma, mas sim no sentido de que à tutela cautelar, pela ordem jurídica, é atribuída uma função específica, distinta daquela constante no processo de conhecimento ou de execução.<sup>330</sup>

Inobstante sua autonomia, o processo cautelar é acessório, “[...] já que existe em função do e para servir ao processo principal. Neste sentido e nesta medida, há certa dependência entre a ação cautelar e a ação principal [...]”.<sup>331</sup>

A instrumentalidade decorre da ligação que possui a pretensão cautelar com o direito acautelado. “A tutela cautelar é instrumentalmente ligada à tutela definitiva, porque se destina a assegurar a realização de uma pretensão”.<sup>332</sup>

Com a finalidade precípua de assegurar a viabilidade do direito reclamado em outro processo e, por conseqüência, de garantir o resultado útil deste processo, torna-se característica marcante a instrumentalidade, eis que, “Não havendo ligação, é porque há satisfatividade, e, portanto, ausência de cautelaridade”.<sup>333</sup>

---

<sup>328</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Renato Costa Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 30.

<sup>329</sup> CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29-30.

<sup>330</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 15.

<sup>331</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Renato Costa Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 30.

<sup>332</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. p. 74.

<sup>333</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. p. 74.

Ligada à instrumentalidade está a característica da referibilidade a um direito acautelado, posto que, “[...] o direito a que se dá segurança constitui o direito referido ou acautelado”.<sup>334</sup>

Para Wambier<sup>335</sup>, o processo cautelar é ainda marcado por sua função preventiva, “[...] no sentido de visar evitar que o decorrer do tempo e/ou as atividades do réu possam frustrar a realização do provável direito do autor”.

A provisoriedade decorre igualmente da própria função da tutela cautelar invocada, qual seja, a de garantir a eficácia do procedimento principal. Quando esta não for mais necessária, encerra-se a sua função, sendo substituída ou absorvida pela solução definitiva do processo principal.

Segundo Wambier<sup>336</sup>, “A eficácia do processo cautelar é provisória. São medidas destinadas a durar pouco no tempo, tutelando uma situação de emergência”.

Conforme Guerra<sup>337</sup>, a provisoriedade se manifesta em razão da acessoriedade, eis que tão logo alcançado o resultado útil do processo principal, a tutela cautelar cumpre sua função e se extingue.

Cunha<sup>338</sup> denomina tal característica das medidas cautelares de ‘não definitividade’, asseverando que a mesma corresponde à constatação “[...] de que as mesmas têm duração essencialmente limitada no tempo; que sobrevivem enquanto subsistem as condições de perigo e idealidade em torno da pretensão principal que querem preservar”.

---

<sup>334</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. p. 74.

<sup>335</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Renato Costa Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 31.

<sup>336</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Renato Costa Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 31.

<sup>337</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 22.

<sup>338</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992. p. 126.

A tutela cautelar é revogável e modificável<sup>339</sup>, circunstâncias estas que resultam da possibilidade de alteração nos fatos inicialmente expostos pelo autor, bem como em razão de causa que faça desaparecer a situação de perigo.

De acordo com o momento da propositura da ação cautelar, a mesma pode ser classificada em preparatória e incidental. Será preparatória quando proposta antes mesmo da ação principal e incidental quando seu ingresso ocorrer durante o trâmite de uma ação de conhecimento ou de execução.<sup>340</sup>

A competência para a propositura da ação cautelar, conforme dispõe o artigo 800<sup>341</sup> do Código de Processo Civil, é a do juízo competente para a apreciação e julgamento da ação principal.

Em casos de urgência, poderá ser requerida em qualquer juízo, ainda que absolutamente incompetente, caso em que não se dá a prevenção. Quanto ao processamento, “O processo cautelar é autuado e posteriormente apensado ao principal. Ambos devem ser extintos por sentenças diferentes”.<sup>342</sup>

Além da verificação das condições da ação<sup>343</sup>, a concessão da medida cautelar depende da existência de pressupostos específicos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

---

<sup>339</sup> Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>340</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, Almeida, Renato Costa Correia de e Talamini, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 32-33.

<sup>341</sup> Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente no tribunal. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>342</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, Almeida, Renato Costa Correia de e Talamini, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 32.

<sup>343</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: [...]VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

O *fumus boni iuris* corresponde à ‘aparência do bom direito’ e “é correlata às expressões de cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória”.<sup>344</sup>

Para Guerra<sup>345</sup>, o conceito de *fumus boni iuris* ainda não encontrou um grau de precisão, entretanto, é unânime o reconhecimento de que se trata de um requisito que implica em uma não certeza, mas mera previsibilidade hipotética da tutela jurisdicional ameaçada.

Friede<sup>346</sup> assevera que comumente faz-se a confusão entre os conceitos da ‘verossimilhança da alegação’ e o *fumus boni iuris*. A ‘verossimilhança’ é típico requisito para a concessão da tutela antecipada, ao passo que o tradicional ‘*fumus boni iuris*’ é próprio da medida cautelar. “Na verdade [...], seria razoável concluir que a verossimilhança da alegação [...] nada mais é do que um *fumus boni iuris* ampliado que melhor se traduz pela ‘semelhança ou aparência de verdade’ do que propriamente pelo restrito conceito de ‘fumaça do bom direito’”.

Conforme Montenegro Filho<sup>347</sup>, o *fumus boni iuris* pode ser conceituado como o “juízo superficial [...] de probabilidade [...] da existência do direito afirmado pelo autor, justificando seja deferida a medida de urgência [...]”.

O segundo pressuposto, o *periculum in mora*, corresponde à “[...] probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível a medida definitiva”.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Renato Costa Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 28.

<sup>345</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. p. 24.

<sup>346</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada reforma do código de processo civil**. p. 169-170.

<sup>347</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. São Paulo: Atlas, 2005. p. 84.

<sup>348</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. 3. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 155-156.



Dias assevera que o *periculum*, em sentido técnico, traduz-se “[...] pela idéia de risco, que a prestação jurisdicional de mérito sofre de ser afetada por um fator externo ao processo, em que é transportada”.<sup>349</sup>

O *periculum in mora*, portanto, que deve ser identificado como requisito para a concessão da medida cautelar, é referido em relação à efetividade do processo principal.

Trata-se da constatação de que a não intervenção judicial, mediante a concessão da tutela reclamada, poderá acarretar o perecimento do direito substancial disputado na ação principal. “[...] não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de probabilidade, perspectiva esta que basta para justificar o asseguramento do direito”.<sup>350</sup>

Compete ao autor, portanto, a demonstração do risco fundado e objetivo de que a demora da prestação jurisdicional ou os atos praticados pelo réu, colocam em risco o resultado útil do processo principal.

Para Bedaque<sup>351</sup>, “Como a cognição na cautelar é sempre superficial, sumária, o *fumus* e o *periculum* constituem sempre mérito, pois o juiz se contenta com essa análise para deferir ou não a medida”.

Além dos procedimentos cautelares específicos constantes no Código de Processo Civil, os artigos 798<sup>352</sup> e 799<sup>353</sup>, insertos na parte geral, conferem ao magistrado um poder geral de cautela. Trata-se da possibilidade de

---

<sup>349</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 115.

<sup>350</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. p. 84.

<sup>351</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo**. p. 110.

<sup>352</sup> Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>353</sup> Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

o juiz determinar providências de caráter cautelar, ainda que não estejam expressamente previstas e que não tenham sido requeridas pela parte.<sup>354</sup>

Conforme Greco Filho<sup>355</sup>, diante do poder geral de cautela, “[...] o juiz poderá determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Trata-se do poder conferido ao Juiz de determinar medidas atípicas, ou seja, aquelas que o legislador não previu expressamente.

No dizer de Sampaio<sup>356</sup>, “[...] dizer que ao juiz é conferido um poder geral de cautela significa o mesmo que afirmar que aos titulares de direitos ameaçados de lesão é conferido o direito de promover ações cautelares inominadas e inespecificadas, além daquelas já previstas pelo ordenamento positivo”.

Theodoro Júnior<sup>357</sup>, ao tratar sobre o tema, acentua que muito embora seja o poder de cautela genérico e amplo, não restrito a casos predeterminados, não pode ser considerado ilimitado e arbitrário. “A primeira e maior limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida”.

Realizada a Pesquisa até então empreendida, parte-se para o estudo da aplicação da Fungibilidade entre as tutelas de urgência, antecipatória e cautelar, a partir da visão formal verificada do Princípio do Acesso à Justiça. Sobre o tema versará o seguinte e último capítulo.

---

<sup>354</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Renato Costa Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 34.

<sup>355</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. p. 156.

<sup>356</sup> SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **Poder Geral de Cautela do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 129.

<sup>357</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. p. 243.

## CAPÍTULO 3

### PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: VISÃO FORMAL E APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

#### 3.1 A FUNGIBILIDADE COMO GARANTIA DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

O processo civil, assim entendido como uma relação jurídica processual, desenvolve-se através de atos processuais regulados do ponto de vista formal.<sup>358</sup>

Prevalece, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da regulação das formas, também identificado como princípio da relevância de todas as formas processuais.<sup>359</sup>

A importância do princípio da regulação foi reduzida a partir do Código de Processo Civil vigente, por seu artigo 244<sup>360</sup>, momento em que as infrações formais irrelevantes restaram desprezadas, desde que atingida a finalidade pretendida.

Para Dias<sup>361</sup>, “Em síntese, o princípio da regulação (ou da relevância das formas) foi flexibilizado pelo princípio da instrumentalidade [...]”. Entretanto, não atendida a forma e a finalidade a que se destina, o ato não deve produzir qualquer efeito processual.

---

<sup>358</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 55.

<sup>359</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 56.

<sup>360</sup> Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>361</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 56.

Ao lado de tal imposição formal, destaca-se o Princípio do Acesso à Justiça, concebido como “[...] regra de ampliação da incidência da atuação jurisdicional a todos os membros da Sociedade”.<sup>362</sup>

Resta assim estabelecido um conflito: de um lado, o princípio da regulação, que determina a utilização dos modelos legalmente previstos sob pena de o ato não produzir efeitos jurídicos; de outro vértice, o Princípio do Acesso amplo e da instrumentalidade, reclamando que deve a Jurisdição atuar, independente do aspecto formal.<sup>363</sup>

Conforme Dias<sup>364</sup>, diante da situação de conflito gerada, “[...] o princípio que age para gerar o equilíbrio é o Princípio da Fungibilidade”, eis que atua como fator de conciliação entre “a necessidade de produção de tutelas jurídicas e a necessidade de atendimento das formas legais”.

Isto porque, quando a Fungibilidade é aplicada entre institutos jurídicos, “[...] prestigia-se o objetivo do ato em detrimento do modo como o mesmo deveria ser promovido”.<sup>365</sup>

A flexibilização formal, entretanto, não deve ser banalizada e tão pouco privilegiar a ignorância legal. Deve servir de ajustamento entre os princípios em choque pela existência de obscuridade objetiva. “O conflito entre princípios da relevância formal e acessibilidade da tutela jurisdicional, somente se manifesta quando, efetivamente, o próprio sistema objetivo não apresenta a clareza necessária”.<sup>366</sup>

Atua, portanto, o Princípio da Fungibilidade, como forma de garantir o efetivo Acesso à Justiça, na proporção que direciona o processo para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

---

<sup>362</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 57.

<sup>363</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 57.

<sup>364</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 57.

<sup>365</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 58.

<sup>366</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 58.

### 3.2 APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA: VISÃO JURISPRUDENCIAL

Até a edição da Lei nº 8.952/94, que deu redação atual ao artigo 273, do Código de Processo Civil brasileiro, não havia previsão da tutela antecipada genérica. Em regra, toda e qualquer providência de natureza urgente era postulada através de um processo cautelar autônomo, mediante procedimento próprio e de natureza acessória, dependente de um processo principal.

A partir da edição da referida Lei, o artigo 273 passou a integrar o Código de Processo Civil, prevendo a possibilidade de o juiz, mediante os requisitos autorizadores da medida, antecipar os efeitos da tutela pretendida.

Em face à previsão, no mesmo Diploma Processual, de duas espécies de tutelas de urgência, cautelar e antecipatória genérica, deu-se início à discussão, no plano doutrinário e jurisprudencial, das suas respectivas distinções, de sorte a buscar identificar o campo de incidência de cada qual.

No âmbito jurisprudencial, determinadas decisões apontavam no sentido de indeferimento de pleitos urgentes concebidos como cautelares quando deduzidos de forma inadequada pela parte a título de antecipação de tutela.<sup>367</sup>

---

<sup>367</sup> “PROCESSUAL CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO REVISIONAL COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DECISÃO QUE OBSTOU A INSCRIÇÃO DO NOME DA ARRENDATÁRIA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO E O PROTESTO DOS TÍTULOS VINCULADOS AO CONTRATO. PROVIDÊNCIAS DE NATUREZA CAUTELAR QUE NÃO SE CONFUNDEM COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. A tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, tem por escopo conceder ao autor, desde logo, aquilo que ele somente alcançaria ao final da demanda, com a prolação da sentença de procedência. Inviável a medida quando o pedido não visa antecipar o resultado final do processo, mas sim providências de natureza cautelar que garanta o resultado final da demanda. [...] Portanto, a agravada busca, indevidamente, através da tutela antecipatória na ação revisional, providência de natureza cautelar, para garantir a eficácia do resultado final da demanda, o que não é admitido por esta Terceira Câmara Cível”. AI 98.018471-1, Desembargador Relator Silveira Lenzi, em 02 de março de 1999. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

O indeferimento do pleito de urgência, à época, considerava a distinção havida entre as tutelas, concebendo como indevido o pedido cautelar deduzido a título de antecipação de tutela.<sup>368</sup>

Verifica-se, portanto, que era relegada para segundo plano, a importância da providência urgente postulada pela parte, tendo em vista a inadequação do pedido no seu aspecto formal, dando-se ênfase ao formalismo processual.

A inserção da tutela antecipada genérica, produto da reforma de 1994, portanto, ao mesmo tempo em que surgiu para resolver problemas decorrentes dos efeitos da demora na prestação da tutela jurisdicional, criou de certa forma um impeditivo de Acesso à Justiça, evidenciado quando do indeferimento do pleito ante a confusão havida entre as tutelas de urgência contempladas na Legislação Processual Civil brasileira.

Assim, a inovação processual com a previsão da nova tutela de urgência, ao invés de agir em favor do jurisdicionado, passou a constituir verdadeiro entrave à prestação da tutela jurisdicional. Eram raras as decisões que, na ausência de previsão legal, invocando o Princípio da Instrumentalidade, aplicavam a Fungibilidade ao caso concreto.<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR QUE ESGOTA, NO TODO OU EM PARTE, O OBJETO DA AÇÃO. DESCABIMENTO. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA. INSTITUTOS DE NATUREZA DIVERSAS. RECURSO DESPROVIDO. A ação cautelar não se coaduna com a antecipação da prestação jurisdicional definitiva, uma vez que, por força da instrumentalidade que lhe é inerente, destina-se ela, apenas e somente, a assegurar a eficácia da ação principal, não sendo cabível o deferimento de liminar que esgota, no todo, ou em parte, o objeto da ação. O instituto da tutela cautelar não se confunde com a tutela antecipatória, pois sua finalidade é assegurar o resultado útil do processo de conhecimento, de execução, ou a viabilidade do direito afirmado pelo autor, enquanto que o objetivo da segunda é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução. Agravo de instrumento 99.008730-1, Relator Desembargador Mazoni Ferreira, em 29.06.2000. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>369</sup> CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO DE REVISÃO C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - VEDAÇÃO DO ENCAMINHAMENTO DOS NOMES DAS REQUERENTES AO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ACOLHIMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E TUTELA CAUTELAR - DISTINÇÃO - RIGOR TÉCNICO - PREJUÍZO À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO DESPROVIDO. Em se discutindo o valor da dívida constante de contrato, razoável é que se proíba a inscrição no SPC, SERASA, CADIN e outros. "A inscrição nos cadastros de maus pagadores, no período em que se debate justamente o quantum, assume caráter aflitivo e perfeitamente dispensável..." (STJ, 4a T., AI n. 139.278-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.5.97, in AI n. 99.005355-5, TJ/SC, relator: Desembargador Pedro Manoel

Tais decisões adotavam uma postura comprometida com o direito material e não se furtavam, diante do caso em concreto, a conceder a tutela correspondente, necessária no momento de manifesta urgência, independente a que título ou forma fora postulada.<sup>370</sup>

Como motivação, portanto, admitia-se a aplicação da Fungibilidade, ainda sem previsão expressa no Código de Processo Civil brasileiro, com o reconhecimento do caráter instrumental do processo.<sup>371</sup>

Através desta tendência instrumentalista, procurava-se resgatar a real finalidade do processo, este concebido como meio e não um fim

---

Abreu). "...é muito importante lembrar que a antecipação de tutela, no direito brasileiro, não veio para diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar. Foi inspirada, ao contrário, na necessidade de suprir deficiências que o sistema preventivo apresentava. Veio para somar e não para subtrair" (Humberto Theodoro Júnior). Agravo de instrumento 00.002490-2, Desembargador Alcides Aguiar, em 14.05.2000.  
<http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>370</sup> EMENTA: CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. DISCUSSÃO DO EXATO MONTANTE DO DÉBITO. POSSIBILIDADE DE ÊXITO NÃO AFASTADA. INSCRIÇÃO DOS NOMES DOS OBRIGADOS NOS REGISTROS CREDITÓRIOS NEGATIVOS. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. DECISÃO INSUBSISTENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. É medida de todo salutar a vedação da inscrição dos nomes dos obrigados em contratos bancários nos organismos controladores do crédito, quando pendente ação revisional cuja possibilidade de êxito não está afastada. Muito embora seja mais adequada juridicamente, para tal finalidade, o uso da medida cautelar, não se constitui em heresia jurídica o deferimento da tutela antecipada para tal finalidade, pena de tornar-se preponderante a forma em detrimento do conteúdo. Agravo de Instrumento 00.016006-7, Relator Desembargador Trindade dos Santos, em 08.02.2001.  
<http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>371</sup> CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO DE REVISÃO C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - VEDAÇÃO DO ENCAMINHAMENTO OU EXCLUSÃO DOS NOMES DOS REQUERENTES DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INACOLHIMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E TUTELA CAUTELAR - DISTINÇÃO - RIGOR TÉCNICO - PREJUÍZO À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - DECISÃO REFORMADA - AGRAVO PROVIDO. Em se discutindo o valor da dívida constante de contrato, razoável é que se proíba a inscrição no SPC, SERASA, CADIN e outros. "A inscrição nos cadastros de maus pagadores, no período em que se debate justamente o quantum, assume caráter aflitivo e perfeitamente dispensável..." (STJ, 4a T., AI n. 139.278-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.5.97, in AI n. 99.005355-5, TJ/SC, relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu). "...é muito importante lembrar que a antecipação de tutela, no direito brasileiro, não veio para diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar. Foi inspirada, ao contrário, na necessidade de suprir deficiências que o sistema preventivo apresentava. Veio para somar e não para subtrair" (Humberto Theodoro Júnior).  
<http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

em si mesmo, capaz de obstar a prestação da tutela jurisdicional e a própria realização do Direito.<sup>372</sup>

Restava assim revelada, a preocupação do julgador em não permitir que o processo, ao invés de servir de instrumento para a obtenção do Direito reclamado, servisse de entrave, de obstáculo formal, mormente quando se trata de providência jurisdicional urgente.<sup>373</sup>

Através da edição da lei 10.444, de 07 de maio de 2002, foi efetuada a reforma parcial do Código de Processo Civil brasileiro, inserindo-se o § 7º<sup>374</sup>, ao artigo 273, de sorte a tornar expressa a possibilidade da aplicação da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência, cautelar e antecipada genérica.

A partir de então, restou concretizada a consciência de que a aplicação da Fungibilidade entre as tutelas concebidas como urgentes era uma medida necessária para a realização do próprio direito material, o qual não deveria ser obstado por uma questão excessivamente formal.<sup>375</sup>

<sup>372</sup> “Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joear com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória”. Agravo de Instrumento nº 99019814-6, Desembargador Relator Eder Graf, 3ª Câmara Cível, de 18 de abril de 2000. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>373</sup> “É que a vida quase nunca se amolda docilmente às previsões do legislador, nem aceita a rigidez de suas normas como fórmulas infalíveis de compreensão e solução da complexa e multifacetária convivência humana numa sociedade cuja característica dominante é o conflito acima de tudo e não a singela e espontânea busca de comportamento individual pautado segundo o programa do direito positivo”. Agravo de Instrumento nº 99019814-6, Desembargador Relator Eder Graf, 3ª Câmara Cível, de 18 de abril de 2000. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>374</sup> § 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>375</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO C/C RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DECISÃO QUE CONCEDEU LIMINARMENTE O PEDIDO VENTILADO EM TUTELA ANTECIPADA, COM FULCRO NO § 7º DO ART. 273 DO CPC.



Como posto, a única exigência para a incidência da Fungibilidade é aquela contida no dispositivo legal, correspondente à presença dos pressupostos da medida cautelar, *o fumus boni iuris e o periculum in mora*. Ausentes tais requisitos, entretanto, tem-se o indeferimento do pleito.<sup>376 377</sup>

Observa-se, portanto, a tendência jurisprudencial no sentido de admitir, independente de qualquer outro requisito, seja o pleito de natureza

---

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE VISLUMBRADA. APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ, CALCADO NO DISPOSITIVO 798 DA LEI ADJETIVA CIVIL. RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO INOCORRENTE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REQUISITOS DO *FUMUS BONI JURIS* E PERICULUM IN MORA CARACTERIZADOS. INDÍCIOS DE SUPOSTA EXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO OCORRIDA ENTRE OS RÉUS. MEDIDA DE URGÊNCIA QUE VISA RESGUARDAR O DIREITO DOS AUTORES DE DISCUTIR O CONFLITO EM LITÍGIO E DE PERMANECER MORANDO NO IMÓVEL SEM QUE OCORRA UM IMINENTE PREJUÍZO AOS MESMOS. RECURSO DESPROVIDO. É cabível o deferimento de medida cautelar requerida a título de tutela antecipada desde que presentes os requisitos específicos para concessão daquela, em observância à fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias instituída pela Lei n. 10.444/02 que acrescentou o § 7º ao art. 273 do CPC. (Desembargador Monteiro Rocha). Agravo de Instrumento n. 2005.002942-1, de Criciúma. Relator: Juiz Sérgio Izidoro Heil, em 30.05.2005. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>376</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REDIBITÓRIA. PEDIDO OBJETIVANDO A RESTITUIÇÃO DO PREÇO DE UM AUTOMÓVEL. TUTELA ANTECIPADA PRETENDENDO O DEPÓSITO DO RESPECTIVO VALOR EM JUÍZO. PROVIDÊNCIA DE CUNHO CAUTELAR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO DA MEDIDA. DECISÃO CONFIRMADA. RECLAMO DESPROVIDO. A tutela antecipada objetiva o adiantamento dos efeitos fáticos do provimento final, enquanto que a tutela cautelar apenas assegura a utilidade do processo principal, precavendo o objeto do litígio. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Ausentes, porém, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a medida descabe. Agravo de instrumento n. 2003.006397-8, de Blumenau, Relator: Desembargador Monteiro Rocha, em 07.08.2003. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>377</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE APURAÇÃO DOS HAVERES DE SÓCIO PRÉ-MORTO. ESPÓLIO. DESINTERESSE EM PARTICIPAR DA EMPRESA. VIA ELEITA ADEQUADA. PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PEDIDOS DE NATUREZA CAUTELAR. FUNGIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, DO CPC. PERIGO DE DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE. PAGAMENTO DE ALUGUEL MENSAL. PERICULUM IN MORA NÃO VERIFICADO. RECURSO DESPROVIDO. Para que a parte possa obter a tutela cautelar é preciso que comprove a existência de plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*). Na ausência de qualquer destes requisitos, o indeferimento do pedido é medida que se impõe. (Ap. Civ. n. 2001.010231-5, de Tubarão, Relator Desembargador Mazoni Ferreira, DJ de 13.02.03). Agravo de Instrumento n 2004.010755-2, da Capital, Relator: Desembargador Ricardo Fontes, 16.06.05. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

cautelar deferido incidentalmente no processo principal, quando formulado a título de antecipação de tutela.<sup>378 379</sup>

Da mesma forma, encontra-se posicionamento jurisprudencial no sentido de que não apenas pela possibilidade do deferimento da medida, mas também no sentido de autorizar a própria parte a postular a tutela

<sup>378</sup> AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA PRETENDIDA PARA LIBERAÇÃO E ENTREGA DOS CONHECIMENTOS DE EMBARQUES REFERENTES À VENDA REALIZADA PELA AUTORA. PEDIDO DE CARÁTER LIMINAR E NÃO DE NATUREZA ANTECIPATÓRIA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO PLEITO EM DECORRÊNCIA DO DISPOSTO NO § 7º DO ART. 273 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA MARCHA PROCESSUAL IMPOSTA. LIMINAR DEFERIDA INCIDENTALMENTE. DESNECESSIDADE DO AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Com a inserção do § 7º ao art. 273 do CPC, positivou-se o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, passando-se a se admitir a formulação de pedido de cunho cautelar no bojo do processo de conhecimento. [...] *In casu*, verifica-se que o pedido formulado pela agravada possui nítido caráter cautelar e não antecipatório, visto que objetiva simplesmente assegurar a eficácia e a utilidade do processo principal. Na verdade, o pleito de liberação e entrega dos conhecimentos de embarques referentes à venda realizada pela demandante nada tem a ver com o requerimento final da ação ordinária, ou seja, a autora não busca antecipar o provimento final, mas, sim, assegurar a eficácia da demanda originária. Nota-se que a antecipação da tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Por sua vez, a ação cautelar visa garantir o resultado útil da demanda principal. Enquanto o pedido de antecipação de tutela pode ser formulado na própria petição inicial da ação principal, a medida cautelar deve ser pleiteada em autos próprios. É certo que antes da publicação da Lei n. 10.444/02 não se conhecia de pedidos de tutela antecipada quando tivessem natureza cautelar, como na hipótese. Todavia, com a inclusão do § 7º ao art. 273 do CPC, referida impossibilidade não mais prevalece, já que houve permissão expressa para aplicação do princípio da fungibilidade. Dispõe citada norma: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado. Em outros termos, significa dizer que, atualmente, pode o juiz deferir pedido cautelar no lugar da tutela antecipada postulada, de forma incidente no processo de conhecimento, sem que haja necessidade de proposição de nova demanda, importando tal medida em celeridade processual. Agravo de Instrumento n. 2003.024487-5, de Itajaí. Relator: Desembargador Mazoni Ferreira, em 14.10.2004. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>379</sup> AGRADO INTERNO. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. TUTELA ANTECIPADA. MEDIDA CAUTELAR. FUNGIBILIDADE. NÃO OBSTANTE O PEDIDO DO AUTOR SER DE NATUREZA CAUTELAR, DEVE SER APLICADO O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL, UMA VEZ QUE ESTÃO PRESENTES OS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. AGRADO INTERNO DESPROVIDO. [...] Analisando os autos, constata-se haver verossimilhança nas alegações trazidas pelo agravado, a ensejar a concessão de medida liminar obstativa da posituação de seu nome nos cadastros restritivos de crédito. Ademais, improcedem as alegações do agravante quanto à inviabilidade de ser concedida tutela antecipada no caso em tela. não obstante o pedido do autor ter sido de natureza cautelar, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal, uma vez que estão presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida cautelar. Agravo de Instrumento n. 70014108021. TJRS. [HTTP://WWW.TJ.RS.GOV.BR/SITE\\_PHP/JPRUD2/RESULTADO.PHP](HTTP://WWW.TJ.RS.GOV.BR/SITE_PHP/JPRUD2/RESULTADO.PHP). Acesso em 20 de maio de 2.006.

cautelar de forma incidental no processo principal, como se desnecessário fosse, a partir então, o ingresso da ação cautelar autônoma.<sup>380 381</sup>

Questão ainda não pacificada no âmbito jurisprudencial refere-se à aplicação da Fungibilidade ao inverso, ou seja, a possibilidade de o julgador conceder tutela de natureza antecipada pleiteada nos autos de uma ação cautelar.

Parte dos julgados sustenta a impossibilidade da aplicação da Fungibilidade ao inverso, sob o argumento de que a inovação legislativa somente veio a prever a Fungibilidade para a concessão da medida cautelar

<sup>380</sup> AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA E CONSIGNAÇÃO INCIDENTE. DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA PARA OBSTAR A INSCRIÇÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO ENQUANTO DISCUTIDO O DÉBITO EM JUÍZO. IRRESIGNAÇÃO. TOLERÂNCIA QUANTO À ADMISSIBILIDADE DO DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE (ART. 273, § 7º DO CPC). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO PERICULUM IN MORA - DEPÓSITO INCIDENTAL DE PARCELAS VENCIDAS SEM CORREÇÃO. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Por expressa disposição contida no art. 273, § 7º do Código de Processo Civil, é possível requerer providência de natureza cautelar a título de antecipação de tutela, facultando-se ao magistrado singular deferir a medida postulada. [...] Ora, se o agravado, a título de antecipação de tutela, requereu providência de natureza acautelatória para que os órgãos de proteção ao crédito se abstivessem de efetuar a inscrição de seu nome em seus bancos de dados, cabia ao juiz *a quo*, como de fato fizera, sopesadas as circunstâncias, deferir a medida cautelar em caráter incidental, no processo aforado, desde que presentes os respectivos pressupostos, pois devidamente autorizado pela Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002, que acrescentou o §7º ao art. 273 do Codex Instrumentalis. Agravo de Instrumento n. 2004.016611-7, Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, em 31.03.2005. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>381</sup> AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. FACULDADE. FUNGIBILIDADE. ART. 273, §7º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Tem a parte autora a faculdade de optar pelo pedido de tutela antecipada ou pelo ajuizamento de cautelar, pois a Lei antes mencionada não visou impedir o ajuizamento de cautelares. [...]. Com efeito, a Lei n. 10.444, de 07/05/2002, introduziu o parágrafo 7º, no art. 273, do Código de Processo Civil, criou a regra de fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, com o processamento desta em autos apartados. Com esta nova disposição, tem o demandante ora agravado a faculdade de optar pelo pedido de tutela antecipada ou pelo ajuizamento de cautelar, pois a Lei antes mencionada não visou impedir o ajuizamento de cautelares. Embora a existência de corrente jurisprudencial entendendo que a partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual, não mais se justificaria o ajuizamento de cautelar, quando o provimento da liminar pode ser obtido na própria ação de conhecimento, mediante antecipação da tutela, tenho que compete à parte autora decidir qual a melhor forma de obter o provimento judicial que objetiva conseguir. AGRADO DE INSTRUMENTO N. 70007523038. TJRS. [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php). ACESSO EM 20 DE MAIO DE 2.006.

quando inadequadamente requerida a título de antecipação da tutela, sendo o contrário impossível de ocorrer.<sup>382 383</sup>

Outro fundamento igualmente utilizado para justificar a impossibilidade da aplicação da Fungibilidade neste sentido, refere-se ao caráter satisfativo da tutela antecipada, tornando a medida impossível de ser postulada e concedida no âmbito de uma ação cautelar.<sup>384 385</sup>

---

<sup>382</sup> Ademais, não se aplica no presente caso a fungibilidade estabelecida no § 7º do art. 273 do CPC, porquanto, de conformidade com referido dispositivo legal, pode o julgador, quando pretendida tutela antecipada, conceder liminar cautelar, não o inverso, ou seja, conceder tutela antecipada nas hipóteses em que foi requerida liminar cautelar. Apelação Cível 2005.017505-8, Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, em 18.08.2005. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>383</sup> **AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR PARA DETERMINAR A BUSCA E APREENSÃO DE BEM MÓVEL. IMPROPRIEDADE DA AÇÃO CAUTELAR. INFUNGIBILIDADE ENTRE O PROCESSO CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSO DE CONHECIMENTO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.**

-Se o autor pretende a antecipação de providência que é o objeto precípua da pretensão cognitiva, tem à disposição a tutela antecipada prevista no artigo 273 do CPC que não se confunde com a ação cautelar própria para a obtenção liminar de providências e garantias que visam à efetividade da prestação jurisdicional.

-Imprópria a ação cautelar para obter declaração definitiva do direito material. O processo cautelar visa, não a satisfação do próprio direito, mas sim promover garantias para impedir prejuízos à efetividade futura da prestação jurisdicional.

-Não há fungibilidade entre o processo cautelar e o processo de conhecimento porque não se trata apenas de adequar o rito, mas são processos distintos, com procedimentos e objetivos próprios. Agravo de Instrumento n. 700111248044. TJRS. [HTTP://WWW.TJ.RS.GOV.BR/SITE\\_PHP/JPRUD2/RESULTADO.PHP](HTTP://WWW.TJ.RS.GOV.BR/SITE_PHP/JPRUD2/RESULTADO.PHP). Acesso em 20 de maio de 2.006.

<sup>384</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE CUNHO SATISFATIVO. EXTINÇÃO DO FEITO COM FULCRO NO ART. 267 INC. - EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DO DEMANDANTE ACERCA DAS DIFERENÇAS ENTRE AÇÃO CAUTELAR E DE TUTELA ANTECIPADA (ART. 273 DO CPC). SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM QUANTUM INFERIOR AO DEVIDO. MAJORAÇÃO DEFERIDA (ART. 20 §§ 3º E 4º DO CPC) - RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. Dado o caráter subsidiário da ação cautelar em relação ao processo principal, o manejo dessas ações com cunho satisfativo, deverá ater-se ao previsto em lei. Não se pode confundir tutela em ação cautelar, com a tutela antecipada prevista no art. 273. O processo cautelar subsidiário do principal, busca garantir a eficácia da futura sentença. Enquanto que a antecipação de tutela em processo ordinário, antecipa os efeitos da futura sentença, trazendo o bem da vida para o patrimônio do autor. Restando evidente que o pedido formulado pelo autor têm cunho antecipatório, a cautelar satisfativa deve ser extinta, com fundamento no art. 267, inc. VI do CPC. Apelação cível n. 2004.035116-7, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, em 26.07.2005. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

Desta forma, se a pretensão deduzida possui natureza satisfativa, incompatível com o caráter preventivo e assecuratório da ação cautelar, a Tutela de Urgência não será concedida, operando-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ausência de interesse de agir.<sup>386</sup>

Ao contrário de tal entendimento, destaca-se a posição de julgados no sentido de admitir a concessão do pleito de natureza antecipatória deduzido no processo cautelar, sem, contudo, adentrar na discussão acerca do duplo sentido vetorial da Fungibilidade. Em casos tais, a motivação do julgado

---

<sup>385</sup> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. MÚTUO CIVIL. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. ATO DO ESTADO. SUSTAÇÃO. TUTELA DE URGÊNCIA. PROCEDIMENTO CAUTELAR ELEITO. INADEQUAÇÃO. INVIABILIDADE DE CONVERSÃO. AÇÃO REVISIONAL DO CONTRATO DIRIGIDA CONTRA A ENTIDADE DE CLASSE. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. VEROSSIMILHANÇA NÃO DEMONSTRADA.**

A partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual (Lei 8.952/94), não mais se justifica a fungibilidade da antecipação de tutela por medida cautelar, consideradas as conseqüências processuais e operacionais que acarreta, inclusive no que se refere ao risco de ineficácia da medida (arts. 806 e 808, I, do CPC), ao ajuizamento de duas ações em lugar de uma, com correspondentes despesas processuais e movimentação da máquina judiciária, desnecessárias e onerosas, contrariando os princípios da economia, da celeridade, e da ampla defesa (por aplicação de processo com prazos mais reduzidos) e em detrimento dos nobres objetivos da reforma. Não incide nestes casos a regra da conversibilidade introduzida através do § 7º, ao art. 273, pela Lei nº 10.444/02, só aplicável em situação inversa [para admitir o deferimento de medida cautelar em caráter incidental, quando presentes os seus pressupostos, embora postulada a título de antecipação de tutela]. **AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 598408607. TJRS. [HTTP://WWW.TJ.RS.GOV.BR/SITE\\_PHP/JPRUD2/RESULTADO.PHP](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php). ACESSO EM 20 DE MAIO DE 2.006.**

<sup>386</sup> **MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. DECISÃO A QUO QUE INDEFERIU A LIMINAR. INTERLOCUTÓRIO NÃO FUNDAMENTADO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA O DEFERIMENTO DA CAUTELAR. DESNECESSIDADE. CAUTELAR INTERPOSTA COM INTUITO SATISFATIVO. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO QUE POSSUI APENAS CARÁTER PREVENTIVO, ASSECURATÓRIO E ACESSÓRIO EM RELAÇÃO A DEMANDA PRINCIPAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO. EXTINÇÃO EX OFFICIO DO PROCESSO. PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO - A exteriorização da decisão interlocutória proferida através da fundamentação breve, sucinta, não é caso de ausência de fundamentação. - [...], nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar destinada a assegurar a 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. Assim, fala-se em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória; estas, de cunho satisfativo, e aquelas de cunho apenas preventivo. (Humberto Theodoro Junior. Curso de Direito Processual Civil, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 28ª ed., 2000, pp. 332 e 333). - Não sendo cabível ação cautelar a fim de ver antecipado os efeitos da tutela pretendida, faz necessária a extinção do processo que almeja este resultado, por ausência de interesse de agir da parte na modalidade adequação. Agravo de instrumento 2003.011664-8, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, 12.07.2005. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?sn=100&query=tutela+antecipa+cautelar+fungibilidade>. Acesso em 10 de novembro de 2005.**

repousa justamente no reconhecimento da existência de cautelares satisfativas.

387

Ainda no sentido de concessão da tutela de urgência, independente a que título fora postulada, julgados encerram a prevalência do âmbito material da questão posta em juízo, em detrimento do aspecto formal da medida pleiteada.<sup>388</sup>

Uma vez analisado o comportamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acerca da aplicação da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência, cautelar e antecipada, necessário se faz o estudo doutrinário do tema, objeto do item seguinte.

---

<sup>387</sup> AGRADO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER. DECISÃO INSTANDO A ADMINISTRADORA A QUE RESTABELEÇA O GUARNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA À LOJA INSTALADA NO COMPLEXO. CARÁTER SATISFATIVO DA PROVIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. APLICABILIDADE CASUÍSTICA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA, EM AUSENTE PREJUÍZO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO. Sem embargo da discussão acadêmica sobre a existência de duplo sentido vetorial no §7o, do art. 273, do CPC, como se a inovação instituíra uma fungibilidade de mão dupla entre as tutelas de urgência, a verdade é que em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o efeito satisfativo da ação cautelar (REsp 196666/RS, Rel. Min. Barros Monteiro), pois nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, conceitos que não podem ser tratados como sendo absolutamente distintos. Trata-se, diversamente, de duas categorias pertencentes a um só gênero, o das medidas urgentes (REsp 202740/PB, Rel. Min. Castro Filho). [...] Agravo de Instrumento 2004.030677-7, Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, em 30/08/2005. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>, acesso em 08 de fevereiro de 2006.

<sup>388</sup> [...] O referido dispositivo tornou praticamente irrelevante a distinção acadêmica entre medidas antecipatórias e cautelares. Cabe o provimento provisório, quer se trate de antecipar os efeitos do provimento definitivo, quer se trate apenas de assegurar-se sua eficácia prática. Por isso, a doutrina mais moderna é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que "*Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos*", como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional. (cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, **Tutela cautelar e Tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 307). [...] (Resp. 653.381, Superior Tribunal de Justiça. [http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=tutela+e+antecipada&b=ACOR](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=tutela+e+antecipada&b=ACOR). Acesso em 20 e maio de 2006.

### 3.3 APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA: VISÃO DOUTRINÁRIA

A tutela antecipada genérica, prevista no artigo 273, foi inserida no vigente Código de Processo Civil brasileiro, através da edição da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Com a inovação legislativa, o juiz passou a estar autorizado a antecipar, mediante requerimento da parte, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, uma vez preenchidos os respectivos requisitos.

A profundidade da mudança promoveu uma alteração no próprio sistema processual, mormente ao que se refere ao processo cautelar.

Para Zavascki<sup>389</sup>, o que se operou “[...] foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para a obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo”.

Sustenta o autor que “Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar [...]”.<sup>390</sup>

Explica Lamy<sup>391</sup> que “Em nosso sistema processual, utilizava-se o processo cautelar como instrumento para as mais diversas situações de urgência, necessitassem elas de um provimento satisfativo ou não”. A partir da inserção da tutela antecipada genérica no ordenamento jurídico, restaram regularizados os novos meios, de tutela de urgência satisfativa.

Em face à previsão no mesmo Diploma Processual de duas tutelas de urgência, cautelar e antecipatória genérica, travou-se a discussão acerca das suas respectivas distinções, de sorte a buscar identificar o campo de incidência de cada qual.<sup>392</sup>

---

<sup>389</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 71.

<sup>390</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 45.

<sup>391</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória. p. 74.

<sup>392</sup> “[...] a inovação introduzida no sistema não eliminou o significado da distinção entre medidas

Segundo Lamy<sup>393</sup>, “A existência de técnicas diferenciadas possibilita melhor adequação ao direito material e maior efetividade do processo, mas também gera compreensíveis e perigosos enganos acerca da técnica processual adequada às vicissitudes do caso concreto”.

De acordo com Zavascki<sup>394</sup>, apesar das características comuns e da identidade quanto à função que exercem, “[...] as medidas cautelares e antecipatórias são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador”.

Para Figueira Dias<sup>395</sup>, muito embora distintas em certos aspectos, é de se reconhecer a dificuldade de identificação em determinadas situações verificadas no mundo dos fatos e do direito, “[...] que se enquadram em verdadeira zona cinzenta entre cautelaridade e satisfatividade [...]”, o que dificulta a escolha do instrumento adequado para a dedução da respectiva pretensão.

Dias<sup>396</sup>, ao contrário, assevera que a doutrina sempre foi precisa em relação aos traços distintivos entre as tutelas de urgência, não reconhecendo a existência de uma zona de nebulosidade a respeito do campo de incidência de cada qual. Para o autor, “o que parece ter havido nesse caso, foi uma verdadeira limitação jurisprudencial de aplicar a distinção doutrinariamente construída”.

---

cautelares e medidas antecipatórias. Pelo contrário: o tema ganhou absoluta atualidade. Antes da reforma do Código, a pergunta que se fazia era se as medidas antecipatórias podiam ser consideradas medidas cautelares e, assim, ser incluídas no poder geral de cautela do art. 798 (CPC). Após a reforma, a indagação cabível é outra: a de como identificar as medidas sujeitas ao regime do processo cautelar e as subordinadas ao regime do art. 273. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. p. 45.

<sup>393</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória. p. 75.

<sup>394</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. p. 46.

<sup>395</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. p. 16.

<sup>396</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 180.



Mesma posição é assumida por Lamy<sup>397</sup>, ao afirmar que muito embora a doutrina tenha se esforçado para estabelecer as diferenças entre as técnicas de urgência, a jurisprudência demonstra que existiam e existem situações concretas “[...] cuja definição da técnica mais adequada encontra óbices constituídos pela hibridez dos instrumentos processuais”.

De qualquer forma, se de um lado a distinção técnica entre as tutelas de urgência serve como fator determinante de controle e aplicação das categorias, de sorte a delimitar o âmbito de atuação de cada qual, por outro vértice, há situações concretas em que não é possível precisar com a clareza necessária esta diferenciação e, via de consequência, a escolha exata do instrumento adequado à medida de urgência.

As Tutelas de Urgência, contudo, enquanto representativas de instrumentos de proteção estatal e garantia de efetividade jurisdicional, não podem ser preteridas pela ausência de precisão no seu âmbito processual de aplicação.<sup>398</sup>

A inserção do artigo 273, portanto, no Sistema Processual brasileiro, ao mesmo tempo em que surgiu para resolver problemas decorrentes dos efeitos da demora na prestação da tutela jurisdicional, criou impeditivo de Acesso à Justiça, evidenciado quando do indeferimento do pleito de urgência deduzido, ante a confusão havida entre as tutelas antecipada genérica e cautelar.

Através da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, foi efetuada a reforma parcial do Código de Processo Civil brasileiro, inserindo-se o § 7º, ao

---

<sup>397</sup> Exemplifica o autor: “A sustação de protesto é um exemplo de situação concreta bastante comum, em que a jurisprudência ainda não se definiu. Sustar o processo significa antecipar os efeitos da tutela jurisdicional final de mérito ou significa garantir, acessoriamente, a validade da decisão final a ser proferida em uma ação principal? Trata-se de uma questão que ainda não foi pacificada pela doutrina nem pela jurisprudência, dentre outras”. LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória. p. 77.

<sup>398</sup> “[...] a distinção entre cautelaridade e satisfatividade representa uma das maiores conquistas da ciência processual contemporânea [...]; essa distinção, contudo, não há de servir de impedimento à obtenção dos resultados práticos perseguidos pelos jurisdicionados, sobretudo quando determinadas situações encontram-se em zona limítrofe de difícil identificação (v.g. sustação de protesto), não sendo de boa índole a aplicação rígida desses conceitos distintivos das duas formas de tutela”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. p. 118-119.

artigo 273, do CPC, tornando expressa a possibilidade instrumental de concessão de uma providência acautelatória no próprio feito principal, independente de um processo cautelar.<sup>399</sup>

Referida inovação legislativa, com a previsão da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência, apresenta coerência com o novo enfoque do Princípio do Acesso à Justiça, alcançado através da instrumentalidade do processo.

A partir de então, restou concretizada e firmada a consciência de que a aplicação da Fungibilidade entre as tutelas concebidas como urgentes era uma medida necessária para a realização do próprio direito material, que não deveria ser obstado por uma questão excessivamente formal.

Assevera Figueira Júnior<sup>400</sup> que a Fungibilidade tutelar alcançada, “[...] proporcionará aos profissionais do direito uma tranqüila aplicação das providências emergenciais – particularmente as tutelas antecipatórias e acautelatórias – contribuindo para a satisfação do jurisdicionado por meio da realização do direito material violado ou ameaçado”.

Resgata-se, desta forma, a real finalidade do processo, que é a de “[...] servir ao jurisdicionado como instrumento efetivo de realização do direito material, com o escopo de satisfazer os litigantes e, num plano metajurídico, alcançar a paz social”.<sup>401</sup>

Conforme Dinamarco<sup>402</sup>, esse novo dispositivo, ao estabelecer a Fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, “[...] tem um significado e uma dimensão que podem ir muito além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional e sua tempestividade”.

---

<sup>399</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** p. 117.

<sup>400</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** p. 118.

<sup>401</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** p. 118.

<sup>402</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da reforma.** p. 91. complementar

No dizer de Friede<sup>403</sup>, trata-se da adoção de uma Fungibilidade entre o procedimento antecipatório e o procedimento cautelar, de modo a evitar à parte a necessidade de requerer, em novo processo, a medida acautelatória adequada ao caso.

Para Dias<sup>404</sup>, “A falta de coerência sistemática é a razão de ser metodológica para a aplicação do princípio da Fungibilidade”. Portanto, quando o próprio sistema processual aponta deficiências quanto à percepção do instrumento adequado para deduzir determinadas pretensões, é a Fungibilidade que possibilita o juiz de oferecer a prestação jurisdicional correspondente.

A deficiência sistemática verificada, contudo, não foi criada por uma ausência de clareza semântica, mas pela dificuldade da jurisprudência em perceber a distinção entre as tutelas de urgência.<sup>405 406</sup>

Figueira Júnior<sup>407</sup>, ao tratar sobre a inovação legislativa, além de comentar a previsão da Fungibilidade expressa, menciona a existência do ‘sincretismo instrumental absoluto’, representativo da tendência de uma ‘unificação instrumental plena’ onde, através de uma única relação jurídico processual, poderá o Juiz conhecer, acautelar e executar.

Para Alvim<sup>408</sup>, não há que se cogitar na previsão de Fungibilidade, mas sim, exclusivamente, de um sincretismo processual<sup>409</sup>, que

---

<sup>403</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: (à luz da denominada Reforma do Código de Processo Civil). p. 17.

<sup>404</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 176.

<sup>405</sup> Como visto, se a parte formulasse um pedido cautelar e na visão do julgador, tratava-se de antecipação de tutela, a petição inicial era indeferida por falta de interesse de agir. Ao contrário, quando postulada tutela antecipada concebida pelo Juiz como de natureza cautelar, a mesma era indeferida pela inadequação do procedimento utilizado. DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 181.

<sup>406</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 181.

<sup>407</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. p. 118.

<sup>408</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 130.

<sup>409</sup> “O sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional”. CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 129.

permite ao juiz, uma vez requerido pelo autor, a título de antecipação de tutela, uma providência de natureza cautelar, deferir a medida, uma vez preenchidos os respectivos requisitos.

Segundo registra o autor, “O fenômeno sincrético não se confunde com a Fungibilidade, [...], pois, naquele a parte formula pedido correto na essência, embora incorreto na forma [...], ao passo que nesta, a parte formula pedido errado na essência e na forma”.<sup>410</sup>

Entretanto, ao considerar que a inovação legislativa visa impedir que o rigor tecnicista inviabilize a prestação da tutela jurisdicional de urgência, necessária à realização do direito material e assim garantir, o efetivo Acesso à Justiça, é de se verificar quais os fundamentos que justificam a aplicação concreta da Fungibilidade pelo julgador entre as tutelas antecipada e cautelar. Sobre a temática versará o tópico seguinte.

### **3.4 FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DA APLICAÇÃO CONCRETA DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

A partir da inovação legislativa, uma das primeiras preocupações da doutrina foi a de perquirir a extensão do dispositivo, ou seja, se a Fungibilidade há de ser aplicada em toda e qualquer circunstância em que a parte formular, a título de tutela antecipada, um pleito cautelar ou se resta limitada pelos requisitos próprios que informam o Princípio da Fungibilidade, contemplando apenas as ocasiões em que o engano seja escusável e o erro não seja grosseiro, ausente ainda a má-fé.

A única exigência legal expressa para a incidência da Fungibilidade prevista no § 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil brasileiro, é a presença dos pressupostos da medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

---

<sup>410</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 130.

Conforme Figueira Júnior<sup>411</sup>, o requisito legal exigido repousa na configuração dos elementos necessários à concessão da providência de natureza assecurativa e não de caráter satisfativo, já que a denominação do pedido formulado erroneamente, não influencia os resultados práticos e jurídicos pretendidos. “Significa dizer que o dispositivo somente terá aplicabilidade se e quando estiverem presentes os requisitos da tutela cautelar: o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) e a probabilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*)”.

Basta, portanto, a princípio, a constatação pelo juiz do equívoco cometido pela parte ao formular pedido de tutela antecipada quando, na realidade, seria caso de deduzir a pretensão via processo cautelar.

Sustenta, entretanto, Figueira Júnior<sup>412</sup>, que “[...] o equívoco capaz de agasalhar a aplicação do princípio da Fungibilidade há de ser escusável. O chamado erro grosseiro ou evidente não comporta a incidência deste princípio, por revestir-se de caráter sempre excepcional”, aplicado apenas para corrigir distorções na ordem jurídica ou alterações supervenientes no plano dos fatos.

Conclui o autor que “[...] o parágrafo 7. do art. 273 do CPC, por encetar regra à exceção, deve ser interpretado restritamente”, eis que a inovação legislativa “[...] não foi inserida no Código para travestir ou subverter as ações cautelares com todos os seus consectários”.<sup>413</sup>

---

<sup>411</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** p. 120.

<sup>412</sup> “Assim, por exemplo, se o autor articula providência consistente em arresto cautelar mas termina formulando pedido de antecipação de tutela, não poderá o juiz utilizar-se do princípio da fungibilidade ventilado no parágrafo 7. do art. 273 do CPC, por se tratar de manifesto e inescusável erro (grosseiro). Nesses casos, ordenará que o pedido seja processado como cautelar incidental de arresto, em apenso aos autos principais do processo de conhecimento”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** p. 121.

<sup>413</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** p. 120.

Para Dias<sup>414</sup>, “[...] a aplicação do dispositivo reformado deve ser a mais restrita possível, tendo em vista que a disposição se fundou em uma premissa equivocada de obscuridade”.

Esclarece, ao discorrer sobre o alcance da inovação legal, por exemplo, “[...] que não cabe a aplicação da Fungibilidade quando o pedido formulado em grau de tutela antecipada se referir a providência cautelar típica”, eis que existente previsão normativa expressa para a forma de obtenção desta tutela.<sup>415</sup>

Alvim<sup>416</sup>, ao conceber o novo dispositivo como sincretismo processual e não como Fungibilidade, reconhece que “No direito brasileiro, a aplicação do princípio da Fungibilidade encontra restrições implícitas, decorrentes da má-fé ou erro grosseiro, que, se presentes, inviabilizam a sua aplicação”.

Interpretar o parágrafo 7º do artigo 273, do Código de Processo civil brasileiro como sincretismo, significa não impor limites ao seu campo de atuação, já que sua incidência independeria dos pressupostos próprios do Princípio da Fungibilidade.<sup>417</sup>

Gonçalves<sup>418</sup> admite que as tutelas cautelar e antecipada não se confundem, “mas há casos em que é difícil distingui-las”.

Quanto à extensão da Fungibilidade, assevera o autor que a uma primeira impressão, pode-se entender que a aplicação é limitada, eis que a lei se refere a um erro de denominação da medida postulada. Entretanto, defende o posicionamento de que a abrangência do dispositivo é muito maior e “[...]”

---

<sup>414</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 183.

<sup>415</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 182.

<sup>416</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 131.

<sup>417</sup> “Desta forma, se o ordenamento jurídico permite a antecipação da pretensão de mérito (prestação material), no próprio processo de conhecimento, não tem sentido, exigir-se que uma pretensão processual (prestação de mera cautela) venha a demandar um novo processo – preparatório ou incidental – para ser outorgada. É a aplicação da regra ‘quem pode o mais pode o menos’, pelo que, se pode o juiz deferir um provimento antecipando os efeitos da própria sentença de mérito, pode também deferir um tendente apenas a garantir a eficácia da sentença a ser proferida”. CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. p. 129.

<sup>418</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 304.

permite que o juiz conceda uma tutela cautelar, se lhe parecer mais apropriada, apesar de o autor ter pedido uma tutela antecipada”.<sup>419</sup>

Trata-se, portanto, da possibilidade de concessão de uma tutela de urgência diferente daquela postulada e que pareça ao julgador mais adequada ao caso em concreto.<sup>420</sup>

Para Lamy<sup>421</sup>, entretanto, “[...] conceder a tutela urgente adequada não significa conceder aquilo que a parte efetivamente não pediu”.

A diversidade de interpretações é evidente, contudo, a generalidade e a ausência de limitação não nos parece ser a melhor interpretação, uma vez considerada a aplicação da Fungibilidade como garantia do efetivo Acesso à Justiça.

Segundo Dias<sup>422</sup>, o princípio da Fungibilidade “[...] atua de forma residual no sentido de que deve ser invocado para regular situações excepcionais, quando os meios ordinários não se revelam adequados para o transporte do pedido de tutela jurisdicional”. Conforme registra o autor, “Esse princípio não busca a eliminação da formalidade do processo, mas a racionalização da formalidade como meio de obtenção de decisões judiciais”.

No entender de Figueira Júnior<sup>423</sup>, “[...] o novo parágrafo não servirá para igualar, mesclar ou confundir os dois institutos (tutela acautelatória e tutela antecipatória)”. Ao contrário, sua previsão é voltada à resolução de problemas da prática forense, quando a questão posta encontrar-se na zona limítrofe entre a cautelaridade e a antecipatória, dificultando a escolha do instrumento adequado para a formulação da pretensão de urgência.

---

<sup>419</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 304.

<sup>420</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. p. 305.

<sup>421</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. p. 92.

<sup>422</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade**. p. 59

<sup>423</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. p. 121.

Questão igualmente relacionada com a extensão do novo dispositivo diz respeito à aplicação plena da Fungibilidade.

A redação do sistema positivado enuncia que uma vez formulado pedido em antecipação de tutela, de natureza cautelar, poderá o juiz, presentes os requisitos desta, mediante a aplicação da Fungibilidade, conceder a providência de urgência postulada.

O novo dispositivo, todavia, silencia quanto à possibilidade de o juiz aplicar a Fungibilidade ao inverso, ou seja, quando a parte deduzir um pedido de natureza antecipatória no âmbito de um processo cautelar.

A questão centra-se no duplo sentido vetorial da Fungibilidade, ou seja, a possibilidade de conceder-se um pedido de antecipação de tutela deduzido como cautelar.

Para Dinamarco<sup>424</sup>, o novo texto não deve ser interpretado apenas como a possibilidade de se conceder medida cautelar requerida equivocadamente como antecipação da tutela, de sorte que está o juiz autorizado a conceder a medida antecipatória quando postulada equivocadamente como cautelar.

Salienta o autor que “Não há Fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um”.<sup>425</sup>

É regra do direito processual que o juiz está vinculado aos fatos narrados e pedidos formulados pelo autor, independente da qualificação jurídica proposta. “O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula”.<sup>426</sup>

Segundo Lamy<sup>427</sup>, a previsão legislativa surgiu com a intenção de “[...] flexibilizar o sistema das medidas de urgência, possibilitando a

---

<sup>424</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. p. 92.

<sup>425</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. p. 92.

<sup>426</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. p. 93.

<sup>427</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: a redução da forma na



Fungibilidade da técnica antecipatória pela técnica cautelar e vice-versa”. Trata-se de uma tendência evidente pela busca, através da instrumentalidade, da efetividade, aproximando o processo do direito material.

Para Friede<sup>428</sup>, contudo, a Fungibilidade é inadmissível no sentido inverso em face do princípio da iniciativa.<sup>429</sup>

Dias<sup>430</sup> comunga do mesmo entendimento ao asseverar que “[...] não é admissível a concessão de medidas antecipatórias em processo cautelar”, ante a ocorrência de uma previsão legal que “[...] determina a existência de uma tipologia adequada de tutela para a obtenção de determinados resultados processuais”.

Trata-se da garantia constitucional do devido processo legal, que visa assegurar que a demanda judicial somente se manifestará através de determinados modelos rituais, com o exercício do controle político e social sobre a atividade jurisdicional prestada.<sup>431</sup>

Figueira Júnior<sup>432</sup>, da mesma forma, entende ser inadmissível a aplicação da Fungibilidade plena, tanto que o legislador tomou a precaução de autorizar sua incidência apenas quando o pleito antecipatório estiver revestido dos requisitos cautelares, omitindo-se, propositalmente, sobre a situação inversa.

Para o autor, se a parte ajuíza ação cautelar e tratar-se de situação que exige a formulação de tutela antecipada, configura-se o erro grosseiro, situação que não admite a aplicação da Fungibilidade. Em casos tais,

---

utilização das técnicas cautelar e antecipatória. p. 30.

<sup>428</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar:** (à luz da denominada Reforma do Código de Processo Civil). p. 17.

<sup>429</sup> Também conhecido como Princípio do Dispositivo, sendo aquele que compete ao titular do direito a ser protegido, movimentar a máquina estatal, a estrutura do Poder Judiciário, para obter solução concreta quanto à parcela de controvérsia ou conflito trazida à juízo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.71.

<sup>430</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 182

<sup>431</sup> DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência** – Princípio sistemático da fungibilidade. p. 182

<sup>432</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC:** Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. p. 121

ao juiz compete indeferir a inicial e ao requerente elaborar seu pleito antecipatório no bojo do processo principal de conhecimento”.<sup>433</sup>

Respeitada a divergência jurisprudencial e doutrinária, em relação aos fundamentos justificadores da aplicação concreta da Fungibilidade entre as tutelas de urgência, é de se combater tanto a interpretação excessivamente restritiva quanto a posição radicalmente abrangente do instituto.

A Fungibilidade entre as tutelas de urgência não foi prevista com a finalidade de prejudicar ou unificar os institutos da tutela cautelar ou antecipatória, de sorte a manter-se, cada qual, intacto no que tange aos seus pressupostos, características formadoras e âmbito de incidência.

O que justifica, entretanto, a incidência da Fungibilidade tutelar, é a existência de uma situação de incerteza objetiva quanto ao instituto a ser utilizado pela parte, quando do momento de postulação da tutela de urgência.

Diante de tal dúvida objetiva, pode ocorrer de a parte postular, de forma equivocada, tanto medida cautelar a título de tutela antecipada quanto tutela antecipada no âmbito da ação cautelar. Se o engano for escusável diante das circunstâncias concretas do caso *sub judice*, não é de se impedir a aplicação da Fungibilidade, desta feita, em sua plenitude.

O que se apresenta, contudo, é que o legislador, atento às necessárias adequações do sistema processual, proporcionou um grande avanço no que se refere à efetividade processual com o atendimento dos objetivos visados pela moderna concepção de Acesso à Justiça.

---

<sup>433</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. p. 121-122

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo enfoque do Acesso à Justiça é marcado pelo debate e tentativa de superação de dificuldades e obstáculos que tornam inacessíveis a reivindicação dos direitos. Para tanto, torna-se indispensável a criação de novos caminhos alternativos para a solução das controvérsias e a reformulação do processo, através da simplificação dos procedimentos. A busca pela acessibilidade está voltada, atualmente, para um conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e instrumentos utilizados para prevenir, processar e resolver disputas nas Sociedades modernas.

O formalismo processual, ainda assim, continua a ser apontado como um dos obstáculos ao efetivo Acesso à Justiça e ao mesmo tempo representa garantia de regularidade processual e procedimental. Apesar de ser considerado como um dos fatores impeditivos da acessibilidade, tal circunstância não autoriza o abandono total e injustificado da forma pré-estabelecida. O que se busca realizar, à luz do Princípio do Acesso à Justiça, é a construção de um processo de resultados, com a obtenção de uma tutela jurisdicional justa e célere, voltada aos escopos jurídicos, sociais e políticos.

A realização do Direito, de regra, é materializada através do processo, responsável pela função de debater e pacificar os conflitos de interesses. É necessário, portanto, resgatar-se a concepção do processo como meio apto, eficiente e útil à obtenção da prestação da tutela jurisdicional, promovendo-se a eliminação do formalismo exacerbado e irracional, prejudicial ao processo e à efetivação dos direitos de todos. Resta, portanto, confirmada a primeira hipótese levantada na introdução do trabalho.

A efetividade do processo na solução dos conflitos sociais reclama a observância da adequação dos meios aos fins pretendidos, assim como a otimização dos seus resultados, mediante a previsão e aplicação de providências práticas que possibilitem a satisfação plena do direito reclamado.

Neste contexto, tanto a Fungibilidade quanto as Tutelas de Urgência apresentam-se como institutos processuais de suma importância, eis que voltados à efetividade da prestação da tutela jurisdicional e, portanto, ao Princípio do Acesso à Justiça.

A Fungibilidade corresponde à flexibilização formal e serve como princípio de equilíbrio, de ajustamento, na eventualidade de conflito entre os princípios da relevância das formas e da acessibilidade à tutela jurisdicional, de sorte a prestigiar o objetivo do ato em detrimento do modo como o mesmo deveria ser promovido.

As Tutelas de Urgência, cautelares e antecipatórias, diante das suas funções sociais e jurídicas, são aptas a reduzir a incidência do tempo no curso do processo, sobretudo nas ações cognitivas de rito ordinário. Enquanto a jurisdição cautelar se exaure na assecuração do resultado prático de um processo principal, a antecipação da tutela dá ensejo à satisfação parcial ou integral do próprio direito reclamado.

É inegável, portanto, a diferença essencial, no regime jurídico processual, entre as tutelas de urgência, o que serve para a identificação do campo de incidência de cada qual. A tutela cautelar, de natureza preventiva, é providência a ser pleiteada e concedida em um processo também cautelar, mediante a verificação da existência dos respectivos pressupostos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A tutela antecipada, de natureza satisfativa, é medida a ser pugnada e deferida no próprio processo principal em que o direito se apresenta como objeto de conhecimento, desde que presentes a prova inequívoca que conduza o julgador à verossimilhança das alegações, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou o manifesto abuso protelatório do réu, levando-se ainda em conta, a reversibilidade da providência requerida.

Muito embora as distinções técnicas havidas, no âmbito prático de aplicação, nem sempre é possível definir com a necessária precisão se a providência que se pretende é de natureza cautelar ou antecipatória e, por conseqüência, qual o instrumento adequado para a dedução da respectiva pretensão. No entanto, ambas pertencem a um só gênero, o das tutelas de

urgência, concebidas para conjugar o perigo de dano pela demora do processo. Inobstante as diferenças verificadas, não deve o julgador ater-se ao rigor classificatório, denegando a tutela de urgência perseguida apenas por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo.

Resta, assim, confirmada a segunda hipótese suscitada na introdução do presente trabalho.

A fim de equacionar a questão e evitar o indeferimento do pleito urgente por uma inadequação processual, através da edição da lei 10.444, de 07 de maio de 2002, foi efetuada a reforma parcial do Código de Processo Civil brasileiro, de sorte a tornar expressa a possibilidade da aplicação da Fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada genérica. Expõe o novo dispositivo que, 'Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado'. A inovação legislativa visa impedir que o rigor tecnicista inviabilize a prestação da tutela jurisdicional de urgência, necessária à realização do direito material e assim garantir, o efetivo Acesso à Justiça.

A extensão da aplicação da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência pode ser verificada em dois aspectos: quando a parte formula, a título de tutela antecipada, um pedido de natureza cautelar e quando a parte formula, a título cautelar, um pedido de natureza antecipatória.

No que se refere à concessão de medida cautelar incidentalmente nos autos principais, tanto a jurisprudência quanto a doutrina não encontraram posicionamento pacífico e unânime. Entendimentos jurisprudenciais e doutrinários pendem pela aplicação reservada da Fungibilidade às hipóteses de erro escusável ante a impossibilidade de se definir, no caso em concreto, qual a medida de urgência adequada a ser postulada.

Por outro vértice, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários apontam no sentido de ampliar a aplicação da Fungibilidade para além da hipótese de equívoco justificado, concebendo o novo dispositivo como a

possibilidade irrestrita de a parte deduzir determinado pleito cautelar no bojo de um processo principal, independente de um processo cautelar.

Quanto ao aspecto da possibilidade de concessão de tutela antecipada no âmbito cautelar, igualmente não há consenso jurisprudencial e doutrinário, muito embora prevaleça o posicionamento de impossibilidade da aplicação da Fungibilidade em sentido inverso.

Respeitada a divergência jurisprudencial e doutrinária, em relação aos fundamentos justificadores da aplicação concreta da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência, é de se combater tanto a interpretação radicalmente restritiva quanto a posição excessivamente abrangente do instituto.

Da mesma forma que a mera distinção técnica das Tutelas de Urgência não pode servir de impeditivo para a realização do direito, também a Fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipatória não foi prevista, por hora, com a finalidade de prejudicar ou unificar os respectivos institutos.

O formalismo processual que se opõe à efetividade processual e, portanto, ao sentido atual de Acesso à Justiça, é aquele exagerado. Assim, justifica-se a incidência da Fungibilidade tutelar quando, além de presentes os requisitos da providência pretendida, seja manifesta a existência de uma incerteza objetiva quanto ao instituto a ser utilizado pela parte, no momento de postulação da Tutela de Urgência.

Neste contexto, a dúvida objetiva pode ocorrer tanto quando a parte postula, de forma equivocada, medida cautelar a título de tutela antecipada quanto tutela antecipada no âmbito da ação cautelar. Se o engano for escusável, diante das circunstâncias concretas, em ambos os casos, não é de se impedir a aplicação plena da Fungibilidade, uma vez presentes os requisitos autorizadores da providência de urgência pleiteada.

Desta forma, fica igualmente confirmada a terceira hipótese suscitada na introdução deste trabalho.

O Acesso à ordem jurídica justa, portanto, conduz à percepção de que os aspectos fundamentais do direito processual devem ser

adequados à luz da relação jurídica material, com a preservação do necessário para a garantia da regularidade procedimental e eliminação dos excessos injustificados, de sorte a se obter a efetividade segura, almejada por toda a Sociedade.

A partir das considerações expendidas, uma vez confirmadas integralmente as hipóteses relatadas na introdução deste trabalho, registra-se, por fim, que através da realização do presente estudo, não se pretendeu apresentar uma conclusão única e indiscutível, mas promover uma reflexão fundamentada para a compreensão e aperfeiçoamento do tema e estímulo à discussão de matéria de grande importância prática e teórica.

Ao concluir o Relatório, sugere-se que o presente tema, bem como a legislação complementar seja debatida com maior profundidade pelos operadores do Direito. Este encontro deve ser realizado notadamente por membros dos Tribunais de Justiça, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e dos Cursos de Direito – Pós Graduação.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da Consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ASSIS, Araken. **Antecipação de tutela**. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ATHANÁSIO, João Batista. **Cadernos de direito processual civil**. Curitiba:Juruá,1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: Influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BEDAQUE, José Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à Justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARREIRA, Alvim, J. E. **Tutela antecipada**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992. p. 126.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência – Princípio sistemático da Fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. Malheiros Editores, São Paulo: 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.

FERREIRA, Victor José Sebem. **Mutirões da conciliação e da cidadania: instrumento para a racionalização e efetividade da justiça**. Monografia apresentada para o Concurso Estadual de Monografia Jurídica, promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Florianópolis: sem publicação, 200-.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada reforma do código de processo civil**. 6. ed. Atualizada e ampliada de acordo com a Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. 3. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 15 ed. Malheiros Editores. São Paulo: 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

Leituras cotidianas n. 129, de 20 de janeiro de 2005. <http://geocities.yahoo.com.br/mcrost07/20050120a.cidadania.htm>, acesso em 26 de janeiro de 2006.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada e o art. 273 do CPC**. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Procedimentos e tutela antecipada**. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000.

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **Poder geral de cautela do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e processo**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma do código civil brasileiro**. Animus: Revista da Associação dos Magistrados Catarinenses. Vol. II. Florianópolis: 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v.1, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993..

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. Volume 3. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

## ROL DE LEGISLAÇÃO UTILIZADA

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: Home Page Senado Federal - <http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/>. Acesso em: 22/09/2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 22/09/2004.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de setembro de 1942. <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/legislacao/cdc.htm>, acesso em 26 de janeiro de 2006.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. [http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Ref\\_Jud/EC\\_45.html](http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Ref_Jud/EC_45.html), acesso em 08 de junho de 2005.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm), acesso em 08 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/legislacao/cdc.htm>, acesso em 26 de janeiro de 2006.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm), acesso em 26 de janeiro de 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Portaria nº 262/2004-GP, de 30 de abril de 2004. [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord\\_juiz\\_esp.htm](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord_juiz_esp.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Resolução nº 10/2004-GP, de 27 de abril de 2004. [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord\\_juiz\\_esp.htm](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord_juiz_esp.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

## ROL DE JULGADOS UTILIZADOS

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação revisional com pedido de tutela antecipada. **Agravo de Instrumento nº 98.018471-1**. Relator: Desembargador Silveira Lenzi. Florianópolis, 02 de março de 1999. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação cautelar inominada. **Agravo de Instrumento nº 99.008730-1**. Relator: Desembargador Mazoni Ferreira. Florianópolis, 29 de junho de 2000. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação de revisão c/c antecipação de tutela. **Agravo de Instrumento nº 00.002490-2**. Relator: Desembargador Alcides Aguiar. Florianópolis, 14 de maio de 2000. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação revisional. **Agravo de Instrumento nº 00.016006-7**. Relator: Desembargador Trindade dos Santos. Florianópolis, 08 de fevereiro de 2000. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação de revisão c/c antecipação de tutela. **Agravo de Instrumento nº 98.018471-1**. Relator: Desembargador Silveira Lenzi. Florianópolis, 02 de março de 1999. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação de Revisional com pedido de antecipação de tutela. **Agravo de Instrumento nº 99019814-6**. Relator: Desembargador Eder Graf. Florianópolis, 18 de abril de 2000. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação de nulidade de negócio jurídico por vício de consentimento c/c rescisão contratual e reintegração de posse com pedido de tutela antecipada. **Agravo de Instrumento nº 2005.002942-1**. Relator: Juiz Sérgio Izidoro Heil. Florianópolis, 30 de maio de 2005. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação redibitória. **Agravo de Instrumento nº 2003006397-8**. Relator: Desembargador Monteiro Rocha. Florianópolis, 07 de agosto de 2003. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação de apuração de haveres de sócio pré-morto. **Agravo de Instrumento nº 2004.010755-2**. Relator: Desembargador Mazoni Ferreira. Florianópolis, 16 de junho de 2005. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação ordinária de reconhecimento de cumprimento de obrigação. **Agravo de Instrumento nº 2003024487-5**. Relator: Desembargador Mazoni Ferreira. Florianópolis, 14 de outubro de 2004. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.



Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70014108021**. Porto Alegre. Disponível em [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php). Acesso em: 20 de maio de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação revisional de contrato c/c pedido de tutela antecipada e consignação incidente. **Agravo de Instrumento nº 2004.016611-7**. Relator: Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi. Florianópolis, 31 de março de 2005. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação cautelar preparatória de sustação de protesto. **Agravo de Instrumento nº 70007523038**. Porto Alegre. Disponível em [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php). Acesso em 20 de maio de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação revisional com pedido de antecipação de tutela. **Agravo de Instrumento nº 2005.017505-8**. Relator: Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi. Florianópolis, 18 de agosto de 2005. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação cautelar. **Agravo de Instrumento nº 700111248044**. Porto Alegre. Disponível em [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php). Acesso em: 20 de maio de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação revisional com pedido de antecipação de tutela. **Apelação cível nº 2004.035116-7**. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 26 de julho de 2005. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=Al+98.018471-1>

8.018471-1. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 598408607**. Porto Alegre. Disponível em **HTTP://WWW.TJ.RS.GOV.BR/SITE\_PHP/JPRUD2/RESULTADO.PHP**. **ACESSO EM 20 DE MAIO DE 2.006**.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Medida cautelar inominada. **Agravo de Instrumento nº 2003.011664-8**. Relator: Desembargador Sérgio Baasch Luz. Florianópolis, 12 de julho de 2005. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?sn=100&query=tutela+antecipada+cautelar+fungibilidade>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Medida cautelar inominada. **Agravo de Instrumento nº 2004.030677-7**. Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Florianópolis, 30 de agosto de 2005. JC on-line. Disponível em <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=AI+98.018471-1>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2006.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 653.381**. Brasília. Disponível em [http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&live=tutela+e+antecipada&b=ACOR](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&live=tutela+e+antecipada&b=ACOR). Acesso em 20 e maio de 2006.

**ANEXOS**

## **EXPERIÊNCIAS DESTACADAS PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA: PROPOSTAS E INICIATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

A par das experiências nacionalmente adotadas, é de se ressaltar a constante preocupação do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina com o Acesso à Justiça, retratada através da adoção de diversas iniciativas tendentes a alcançar a resolução dos litígios com maior celeridade e efetividade.

No intuito de viabilizar as experiências idealizadas, destaca-se o Projeto do Roteiro para a Implementação da Justiça de Conciliação, voltado à obtenção do consenso entre as partes.<sup>434</sup>

A proposta visa a imediata implementação de mecanismos voltados à realização de conciliações informais, independente de regulamentação ou da edição de novas leis, como alternativa destinada a enfrentar o aumento de ações judiciais, “[...] o que tem causado a sensação de incapacidade do Estado em atender a esta demanda, oriunda da Sociedade”<sup>435</sup>

A iniciativa compreende “[...] um conjunto de mecanismos [...] voltado à solução rápida e efetiva de conflitos sociais, focando precipuamente a obtenção da conciliação, de modo a prevenir o ajuizamento de demandas ou compor as já existentes”.<sup>436</sup>

Preserva e privilegia, a proposta, “[...] a participação daqueles operadores do direito tradicionalmente envolvidos na composição das

---

<sup>434</sup> Projeto elaborado na gestão do Desembargador Jorge Mussi, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sob a orientação do Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Coordenador dos Juizados Especiais, nomeado através da Portaria 457/2004 – GP. [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/port\\_nomenacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/port_nomenacao.pdf), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>435</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>436</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

lides”, advogados, promotores de Justiça, juízes de direito e leigos, acrescentando-se a figura do conciliador.<sup>437</sup>

As modalidades idealizadas têm por objeto a obtenção da conciliação e ampliação do Acesso à Justiça, mediante a dinamização da prestação jurisdicional, distinguindo-se apenas quanto à forma de exteriorização e aplicação prática.<sup>438</sup>

No âmbito do referido Projeto, tem-se a proposta de concretização dos seguintes métodos de resolução de conflitos: Juizado Informal de Conciliação; Mutirão de Conciliação; Pautão de Conciliação; Mediação Familiar; Conciliação nos Tribunais; Casa da Cidadania; Justiça Itinerante e Municipalização da Justiça.<sup>439</sup>

O Juizado Informal de Conciliação “[...] consiste na promoção de um encontro, antes ou depois de instaurado o litígio, presidido por um mediador previamente selecionado pelo juízo”, para a viabilização do diálogo e a composição das pessoas ou partes envolvidas.<sup>440</sup>

Tem a finalidade de “[...] extinguir querelas de forma célere e não adversarial, antes da instauração ou no curso do processo judicial”.<sup>441</sup>

Tal instrumento de promoção de conciliação foi inicialmente concebido para viabilizar a aplicação dos Juizados Especiais Cíveis, mediante a

---

<sup>437</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>438</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>439</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>440</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>441</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

realização de sessões dirigidas por conciliadores ou juízes leigos <sup>442</sup>, permitindo ao juiz togado a dedicação a processos mais complexos, limitando, sua atuação, à homologação <sup>443</sup> da composição alcançada. <sup>444</sup>

Não obstante a origem da sua concepção, o Juizado Informal de Conciliação pode ser instituído para a resolução de conflitos antes da propositura da demanda, mediante a composição de questões envolvendo direitos disponíveis, com a emissão de títulos executivos extrajudiciais <sup>445</sup> ou judiciais <sup>446</sup>, ou mesmo questões referentes a direitos indisponíveis. <sup>447</sup>

Para a efetiva implementação do Juizado Informal de Conciliação é necessária a disponibilização de uma sala de audiência equipada com um computador e de voluntários selecionados na comunidade para a condução da audiência com o auxílio do magistrado em casos imprevistos, competindo à Secretaria dos Juizados Especiais ou Cartório local a prestação dos serviços burocráticos. <sup>448</sup>

---

<sup>442</sup> Art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>443</sup> Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. § único. Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>444</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>445</sup> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: [...] II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>446</sup> Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>447</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>448</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

Ainda que não constituída a Vara dos Juizados Especiais na Comarca, poderá o Juiz de Direito, através de Portaria, instaurar referido instrumento de conciliação.<sup>449</sup>

O Mutirão de Conciliação “[...] consiste na convocação das partes para a rápida solução não adversarial de seus processos, previamente selecionados, durante uma reunião a ser realizada em local e data pré-definidas”.<sup>450</sup>

Os processos direcionados para a audiência serão selecionados considerando para tanto a possibilidade legal de transigência e a viabilidade concreta de conciliação, identificando-se, ainda, o universo litigioso das lides, de sorte a oportunizar um mutirão específico ou geral.<sup>451</sup>

A equipe do Mutirão de Conciliação é composta por juízes, promotores de Justiça, advogados, servidores designados, coordenadores, estagiários do curso de direito e voluntários cedidos por entidades interessadas, todos denominados agentes cooperadores.<sup>452</sup>

Ao magistrado, cumpre a tarefa de planejamento e execução da operação, sendo responsável pela iniciativa e coordenação geral do evento. Compete-lhe ainda, a direção e supervisão das etapas do Mutirão, assim como a seleção e treinamento dos demais cooperados.<sup>453</sup>

---

<sup>449</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>450</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>451</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>452</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>453</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

A participação do representante do Ministério Público é indispensável para a validade da conciliação obtida nos processos que envolvem direitos indisponíveis e interesse público.<sup>454 455</sup>

Ao advogado da respectiva parte compete a diligência quanto às ações que estiverem sob o seu patrocínio, o qual pode ser convidado a prestar seu auxílio mediante assistência judiciária gratuita.<sup>456</sup>

Os servidores públicos designados ficam responsáveis pelas atividades administrativas e jurisdicionais, mediante a prestação de apoio direto ao juiz, no exercício das atribuições que lhe forem designadas. O servidor que possua o título de bacharel ou seja acadêmico de Direito, poderá exercer a função de conciliador.<sup>457</sup>

Os coordenadores são indicados pelo juiz para supervisionar as atividades, responsabilizando-se por determinada matéria, sala ou mesa específica, competindo-lhe ainda auxiliar na organização do Mutirão.<sup>458</sup>

Os estagiários do Curso de Direito desempenham as mesmas funções que os servidores designados e podem atuar como conciliadores.<sup>459</sup>

---

<sup>454</sup> Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>455</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>456</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>457</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>458</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>459</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso



Registra ainda o Projeto que a escolha dos conciliadores será feita pelo magistrado dentre os bacharéis e acadêmicos a partir do sexto período de direito, profissionais de outra área, pessoas idôneas da comunidade local, contatando-se para tanto, os clubes de serviço, cursos de mediação em nível estadual e entidades correlatas.<sup>460</sup>

Além dos servidores e estagiários do juízo, o juiz poderá solicitar às demais entidades envolvidas, a disponibilização de pessoas para auxiliar nas atividades administrativas e de consulta.<sup>461</sup>

Na busca de uma maior eficácia jurisdicional e reconhecendo a impotência do Poder Judiciário para dirimir todas as espécies de controvérsias, o Mutirão de Conciliação surge com finalidade de obter acordos visando à rápida solução dos litígios e diminuir o número de ações nos foros judiciais, contando ainda com a participação de diversos segmentos da Sociedade.<sup>462</sup>

Conforme registra o Projeto, são inegáveis as vantagens da conciliação como forma alternativa de solução dos litígios. A denominada Justiça participativa<sup>463</sup> e coexistencial<sup>464</sup>, “[...] além de reduzir o tempo e os custos do processo, traz enormes benefícios principalmente para as partes, pois, obtida a

---

em 26 de setembro de 2005.

<sup>460</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>461</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>462</sup> As metas acima destacadas são indissociáveis, implicam tanto em desafogar e desobstruir os escaninhos e pautas judiciais, quanto em dar pronta e útil solução às contentas submetidas ao Estado. Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>463</sup> Na qual atuam também juizes leigos, mediadores e conciliadores, arregimentados na própria comunidade. Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>464</sup> Na qual a solução dos conflitos dá-se pela auto-composição. Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

conciliação, não há vencedores nem vencidos, preservando-se as antigas relações entre elas inexistentes”.<sup>465</sup>

O Mutirão de Conciliação é fruto de experiências anteriores realizadas em diversas Comarcas do Estado, através de iniciativas isoladas ou por intermédio de propostas concretizadas, cujo índice de acordos realizados atestam o êxito do empreendimento idealizado e justificam a ampliação dos eventos.

Em 20 de março de 2004, foi realizado na Comarca de São João Batista, o primeiro Mutirão da Conciliação e da Cidadania, com o apoio e participação de Magistrados, de membros do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Municipalidade, Polícias Civil e Militar, Corpo de Bombeiros e outras instituições e, principalmente, da própria comunidade, de profissionais e estudantes de todas as áreas e de servidores do Poder Judiciário, que serviram como monitores e conciliadores.<sup>466</sup>

Dos 800 processos pautados, houve um comparecimento das partes em 515 deles e foi obtida a conciliação em 73,59% das audiências efetivamente realizadas.<sup>467</sup>

Constatado o êxito do empreendimento, foi instituída uma Comissão Permanente<sup>468</sup> para a organização dos mutirões, com a designação de um Presidente, um Coordenador e três membros.<sup>469</sup>

---

<sup>465</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>466</sup> Mutirões da Conciliação e da Cidadania: instrumento para a racionalização e efetividade da Justiça. Monografia apresentada para o Concurso Estadual de Monografia Jurídica promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pelo Desembargador Victor José Sebem Ferreira, sem publicação.

<sup>467</sup> Mutirões da Conciliação e da Cidadania: instrumento para a racionalização e efetividade da Justiça. Monografia apresentada para o Concurso Estadual de Monografia Jurídica promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pelo Desembargador Victor José Sebem Ferreira, sem publicação.

<sup>468</sup> Resolução nº 10/2004-GP, de 27 de abril de 2004. [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord\\_juiz\\_esp.htm](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord_juiz_esp.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>469</sup> Portaria nº 262/2004-GP, de 30 de abril de 2004.

Em 31 de julho e 1º de agosto de 2004, foi realizado, na Cidade de Blumenau, o Segundo Mutirão da Conciliação e Cidadania, ocasião em que, “de um total de 2.739 audiências realizadas, na média de 2,3 por minuto, houve êxito em 2.479 delas, equivalentes a 90,5% de conciliações”.<sup>470</sup>

Conforme os dados colhidos pela respectiva Comissão Permanente, no Juizado Especial Criminal, o índice de transações penais chegou a 94,3%; nas Execuções Fiscais Municipais, a conciliação foi de 93,9%; nas Execuções Fiscais Estaduais, de 93,9%; nos processos da Vara da Família, o índice de acordos chegou a 85,1% e nos processos bancários, de um total de 85 audiências agendadas, chegou-se ao consenso em 54 deles (63,5%).<sup>471</sup>

Segundo consta, a expressividade dos índices auferidos levou a empresa RankBrasil “[...] certificar que esse foi o maior evento da categoria já realizado no país, com o maior número de processos resolvidos em dois dias de trabalho (20 horas de audiências)”.<sup>472</sup>

Em 03 de dezembro de 2004, foi concretizado na Comarca de Lages, o Piloto do Mutirão de Conciliação Fiscal, obtendo-se 78% de acordos no índice geral. Foram 133 processos que resultaram em 104 acordos. As causas envolvendo valores de R\$ 300,00 a R\$ 5.000,00, alcançaram índice de 100% de composição.<sup>473</sup>

Diante do sucesso evidenciado, a mobilização teve sua continuidade, com a realização de Mutirões efetuados nos dias 10, 11 e 12 de

---

[http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord\\_juiz\\_esp.htm](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/coord_juiz_esp.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>470</sup> Mutirões da Conciliação e da Cidadania: instrumento para a racionalização e efetividade da Justiça. Monografia apresentada para o Concurso Estadual de Monografia Jurídica promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pelo Desembargador Victor José Sebem Ferreira, sem publicação.

<sup>471</sup> Mutirões da Conciliação e da Cidadania: instrumento para a racionalização e efetividade da Justiça. Monografia apresentada para o Concurso Estadual de Monografia Jurídica promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pelo Desembargador Victor José Sebem Ferreira, sem publicação.

<sup>472</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>473</sup> <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=11247>, acesso em 6.06.2005.

dezembro de 2004, abrangendo, simultaneamente as Comarcas de Jaraguá do Sul e Guaramirim.

Na Comarca de Jaraguá do Sul, o índice de acordos obtidos alcançou 87,58%. Foram 1.659 audiências realizadas, perfazendo um total de 1.453 audiências exitosas.<sup>474</sup>

O primeiro Mutirão de Conciliação Fiscal promovido pela Vara da Fazenda Pública da Comarca de Lages, realizado no final do mês de dezembro de 2004, atingiu 85% de êxito nas conciliações, com a realização de 6.667 audiências.<sup>475</sup>

A Comarca de Abelardo Luz, seguindo a mesma linha de atuação, no dia 06 de abril de 2005, através da Casa da Cidadania de Ipuauçu, entre as audiências conciliatórias realizadas, alcançou um índice de aproximadamente 70% de acordos.<sup>476</sup>

No dia 08 de abril de 2005, a Comarca de São José, por sua Vara da Fazenda Pública, realizou o 1º Mutirão do Executivo Fiscal, tendo alcançado o índice de 84,4% de êxito nas conciliações. Foram 92 acordos em 114 audiências realizadas.<sup>477</sup>

O êxito obtido através da concretização de todas essas iniciativas, portanto, serviu de incentivo para a aplicação ampliada do Projeto dos Mutirões, momento em que ganhou relevo a consciência de que a conciliação é um eficaz meio alternativo para a solução de conflitos existentes na Sociedade, com a promoção da pacificação social, escopo maior da prestação da tutela jurisdicional.<sup>478</sup>

---

<sup>474</sup> <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=11257>, acesso em 6.06.2005.

<sup>475</sup> <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=11496>, acesso em 06.06.2005.

<sup>476</sup> <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=11496>, acesso em 06.06.2005.

<sup>477</sup> <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=11518>, acesso em 06.06.2005.

<sup>478</sup> Mutirões da Conciliação e da Cidadania: instrumento para a racionalização e efetividade da Justiça. Monografia apresentada para o Concurso Estadual de Monografia Jurídica promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pelo Desembargador Victor José Sebem Ferreira, sem publicação.

A proposta dos Mutirões de Conciliação e da Cidadania foi apresentada com o intuito de mobilizar todos os operadores do direito, adotando uma “[...] forma de incentivar a composição amigável entre as partes litigantes, criando a cultura da conciliação e propiciando, assim, uma mais célere, econômica, racional, eficaz e efetiva distribuição da Justiça”.<sup>479</sup>

O evento, portanto, até então realizado de forma individualizada em determinadas Comarcas, ganhou contornos mais amplos. Foi assim instituída a 1ª Semana do Mutirão, realizada entre 13 a 17 de junho de 2005, de forma simultânea nas 110 Comarcas do Estado de Santa Catarina e a 2ª Semana do Mutirão, ocorrida no período de 7 a 11 de novembro de 2005.

A meta idealizada compreende a realização de 200 mil audiências, com a movimentação de 240 mil processos.<sup>480</sup>

O Pautão de Conciliação “[...] consiste no agendamento de audiências para a promoção da composição amigável entre as partes, em processos cognitivos ou de execução de natureza semelhante previamente selecionados pelo juízo, nos quais um dos pólos da relação processual é fixa”, podendo ser assim considerado como um mutirão em menor escala.<sup>481</sup>

Possui como objetivo “[...] proporcionar rápida e eficaz solução para processos de determinada natureza em que figure entidade específica”.<sup>482</sup>

---

<sup>479</sup> Mutirões da Conciliação e da Cidadania: instrumento para a racionalização e efetividade da Justiça. Monografia apresentada para o Concurso Estadual de Monografia Jurídica promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pelo Desembargador Victor José Sebem Ferreira, sem publicação.

<sup>480</sup> <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=11477>, acesso em 06.06.2005.

<sup>481</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>482</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

Através deste mecanismo, o juiz seleciona os processos da mesma espécie e relacionados à determinada parte<sup>483</sup> e tenta promover a conciliação das lides em uma mesma data.<sup>484</sup>

Conforme registra o Projeto, “[...] em se tratando de entidades públicas, é necessária a previsão legal para a possibilidade de transação, bem como a atribuição de poderes específicos para os respectivos procuradores”.<sup>485</sup>

A Mediação Familiar consiste em forma de resolução sigilosa e voluntária de conflitos, com intervenção confidencial de terceiro, imparcial e qualificado, “[...] permitindo aos conflitantes tomar decisões por si mesmos e encontrar uma solução duradoura e mutuamente aceitável, que contribuirá para a reorganização da vida pessoal e familiar”.<sup>486</sup>

A finalidade da medida é o oferecimento de um serviço para o atendimento de conflitos familiares relacionados à separação, divórcio, guarda dos filhos, regulamentação de visitas e outros correlatos, de forma acessível, ágil e menos burocrática, facilitando “[...] a comunicação entre os pais em via de separação, levando em consideração o interesse dos seus filhos e diminuir os conflitos advindos da separação”.<sup>487</sup>

---

<sup>483</sup> Todos os processos de execução fiscal do IPTU promovidos pelo Município; todas as revisionais de contratos bancários envolvendo a mesma questão jurídica perante a mesma instituição financeira; todas as ações para afastar a exigibilidade de determinado tributo exigida por um mesmo ente público; demandas previdenciárias que versam sobre o mesmo tema envolvendo o INSS. Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>484</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>485</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>486</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>487</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

Trata-se de trabalho a ser desenvolvido nas dependências dos Fóruns, nas Casas de Cidadania, nas Universidades ou outras instituições congêneres, estas últimas, mediante convênio.<sup>488</sup>

O mediador é previamente selecionado pelo juiz, de regra, entre acadêmicos de universidades de Direito ou líderes comunitários, e “treinados pelo juízo para facilitar a obtenção da composição amigável em processos de separação/divórcio, ou ainda para prestar auxílio àqueles que apenas planejam a separação”.<sup>489</sup>

Pela proposta apresentada, o mediador deve preocupar-se com a satisfação das pessoas na solução do conflito, servindo como um ente cooperador, evitando os processos conflituosos.<sup>490</sup> O trabalho é executado por uma equipe multidisciplinar, composta por assistentes sociais, psicólogos e advogados.<sup>491</sup>

O serviço de Mediação foi originariamente instituído através da Resolução nº 11/2001, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e conta atualmente com 11 (onze) Comarcas cujo Serviço já foi implantado e duas em fase de implementação.<sup>492</sup>

A Conciliação nos Tribunais<sup>493</sup> “[...] consiste na promoção de audiência, presidida por um mediador previamente selecionado pelo Presidente

---

<sup>488</sup> <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/resolucao.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>489</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>490</sup> O Mediador não toma partido nem decisões pela família, mas ajuda o casal a encontrar alternativas que sejam do seu interesse e de seus filhos, chegando a um possível acordo. Os pais são ajudados a entender as necessidades dos filhos e a desenvolver um relacionamento cooperativo nas questões de parentalidade. [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/serv\\_mediacao.htm#2](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/serv_mediacao.htm#2), acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>491</sup> <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apresentacao.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>492</sup> <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/implantacao.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>493</sup> Em 22 de março de 2006, foi oficialmente instalado no Tribunal de Justiça, o Núcleo de Conciliação do 2º Grau do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=12429>, acesso em 23 de março de 2006.

da Corte respectiva, para que se promova, perante o segundo grau de jurisdição, o diálogo e a composição entre as partes recorrentes e recorridas”.<sup>494</sup>

A iniciativa tem por finalidade a extinção de “conflitos já submetidos à segunda instância (ou mais alta), mediante recurso, de forma célere e não adversarial”.<sup>495</sup>

A medida segue o exemplo dos Juizados de Conciliação de primeiro grau, de sorte a tentar obter a composição rápida e amigável das lides em fase recursal.<sup>496</sup>

Para a efetivação da proposta, é necessária a instituição de uma Câmara de Conciliação, mediante Ato Regimental ou Portaria expedida pela administração do respectivo Tribunal, Câmara esta a ser presidida por mediadores selecionados pela Presidência entre juízes ou advogados de reputação ilibada aposentados, ou ainda servidores qualificados, serviço este prestado de forma gratuita.<sup>497</sup>

As Casas da Cidadania “[...] consistem em Juizados instalados em Municípios desprovidos de juízo, ou distritos de grandes cidades”.<sup>498</sup>

Possuem a finalidade de “[...] aproximar o Poder Judiciário da população, ampliando o acesso à jurisdição”<sup>499</sup>, cuja idealização foi resultante

---

<sup>494</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>495</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>496</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>497</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>498</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>499</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação,



do reconhecimento de que o Poder Judiciário ainda é inacessível à grande maioria da população.<sup>500</sup>

A iniciativa encontra sua base legal no artigo 94<sup>501</sup> da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que prevê a possibilidade da prática de atos processuais fora da sede do juízo.

Segundo a proposta, no âmbito cível, as Casas da Cidadania possuem, a princípio, competência para atuar nas causas elencadas no artigo 3º<sup>502</sup> da Lei dos Juizados Especiais, quais sejam, aquelas consideradas de menor complexidade.<sup>503</sup>

Quanto ao processamento, o Projeto prevê que as demandas deverão seguir o rito sumaríssimo adotado pela Lei dos Juizados Especiais, assim como os mesmos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, visando sempre que possível, a conciliação ou a transação.<sup>504</sup>

---

[http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>500</sup> O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO criado na atual gestão (FRANCISCO XAVIER MEDEIROS VIEIRA) está envolvido em tal esforço, comprometido com o ideal de Justiça célere, acessível e universalizada, aberta indistintamente a todos. Desse entendimento nasceu este projeto, responsável pela implantação dos Juizados da Cidadania em todos os Municípios dos Estados e Distritos e Bairros mais populosos das grandes cidades. <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidadania/cidadania2.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>501</sup> Art. 94. Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente enunciadas. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>502</sup> Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I- as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II- as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III- a ação de despejo para uso próprio; IV- as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. § 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução: I- dos seus julgados; II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º, do art. 8º desta lei. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>503</sup> <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidadania/cidadania7.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>504</sup> <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidadania/cidadania7.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

O sucesso da experiência encontra-se vinculado à adoção de métodos não adversariais para a solução dos conflitos, com ênfase à conciliação, à mediação e à negociação, através da participação popular, com a intervenção de pessoas qualificadas do próprio corpo social, conhecedoras dos costumes locais, assumindo de forma voluntária e gratuita a função de conciliadores e juízes leigos.<sup>505</sup>

As técnicas de resolução dos conflitos, entretanto, podem estender-se às causas processadas perante o Juízo Comum, tanto por força do disposto no artigo 58<sup>506</sup>, da Lei dos Juizados Cíveis e Criminais quanto em razão do teor do artigo 125, IV<sup>507</sup>, do Código de Processo Civil.

A importância destinada à conciliação como forma de composição da lide vem ainda estampada no disposto no artigo 331<sup>508</sup>, do Código de Processo Civil, momento processual em que se promove a tentativa de acordo, na hipótese da causa versar sobre direitos disponíveis.

Igual oportunidade é reiterada às partes pelo teor dos artigos 447<sup>509</sup> e 448<sup>510</sup>, do Código de Processo Civil, demonstrando o interesse do

---

<sup>505</sup> Preparados os Conciliadores, Juízes leigos que prestação, como voluntários, um serviço público relevante, sem qualquer remuneração, os Juizados serão instalados, passando a desenvolver a mediação dos conflitos na própria base do tecido social. As vantagens, também aqui, são inegáveis, uma vez que as controvérsias serão arbitradas por líderes comunitários, conhecedores dos costumes da sua agente. Não haverá, de ordinário, processo escrito e o serviço será prestado sem qualquer custo financeiro. Para as questões ligadas à família e a direitos indisponíveis, se necessário, as audiências serão presididas pelo togado da Comarca que se deslocará, uma vez por semana, àquela jurisdição. <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidadania/cidadania2.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>506</sup> Art. 58. As normas de organização judiciária local poderão estender a conciliação prevista nos arts. 22 e 23 a causas na abrangidas por esta lei. Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm), acesso em 07 de fevereiro de 2006.

<sup>507</sup> Art. 125. O juiz dirigirá processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV- tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>508</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>509</sup> Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins que a lei consente transação. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973.

Estado em obter a composição do litígio, se possível, mediante acordo celebrado pelos litigantes.

A meta idealizada pelo Poder Judiciário prevê a implantação das Casas da Cidadania em cada um dos 201 (duzentos e um) Municípios do Estado de Santa Catarina que não sejam sede de Comarca, além de criar, através de parcerias institucionais e comunitárias, serviços de orientação e informação ao cidadão.<sup>511</sup>

O Estado de Santa Catarina conta atualmente com 64 (sessenta e quatro) Casas da Cidadania distribuídas em toda a Região, sendo que as unidades de Curitiba e Florianópolis encontram-se momentaneamente desativadas por motivos administrativos.<sup>512</sup>

A Justiça Itinerante consiste em um módulo judiciário móvel “[...] com a missão de levar a Justiça para locais mais isolados, ampliando o acesso à jurisdição e promovendo a conciliação entre as partes, conforme previsto nos arts. 107, § 2º<sup>513</sup>, 115, § 1º<sup>514</sup> e 125, § 7º<sup>515</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil”.<sup>516</sup>

---

<http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>510</sup> Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará toma-lo por termo. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. <http://www.cmfor.ce.gov.br/Imprensa/CPC.html>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>511</sup> Aludido projeto irá propiciar a implantação dos Juizados da Cidadania em cada um dos 201 (duzentos e um) Municípios do Estado que não sediam Comarca, além de criar, mediante parcerias institucionais e comunitárias, serviços de informação e orientação ao cidadão, gerando um atendimento social integral. <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidania/cidadania4.htm>, acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>512</sup> [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidania/cc\\_implantadas/implantadas.htm](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidania/cc_implantadas/implantadas.htm), acesso em 17 de maio de 2005.

<sup>513</sup> Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente. [...] § 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (Incluído pela EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU 31/12/2004). Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/22/Consti.htm>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>514</sup> Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes,

Possui a finalidade de “[...] aproximar os jurisdicionados do Poder Judiciário, bem como de fomentar a célere resolução das controvérsias por meio da composição amigável”.<sup>517</sup>

A iniciativa prevê a participação de servidores, conciliadores, representantes do Ministério Público e Juízes, além da obtenção do equipamento necessário para a realização dos serviços.<sup>518</sup>

A Municipalização da Justiça não corresponde a uma medida específica, mas a uma “[...] diretriz a ser observada por todos os magistrados, a qual, se aliada à busca pela conciliação, tende a ampliar o acesso à jurisdição”.<sup>519</sup>

---

recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (Nova Redação pela EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU 31/12/2004) I. um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; . (Nova Redação pela EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU 31/12/2004), II. os demais, mediante promoção de juizes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente. . (Nova Redação pela EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU 31/12/2004). § 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. . (Nova Redação pela EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU 31/12/2004). Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/22/Consti.htm>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>515</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...]§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (Incluído pela EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU 31/12/2004). Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/22/Consti.htm>, acesso em 07 de fevereiro de 2.006.

<sup>516</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>517</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>518</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>519</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

Possui a finalidade de “[...] ampliar o Acesso ao Poder Judiciário, facilitando que todos, até mesmo os mais humildes, possam submeter seus conflitos perante a Justiça e obtenham solução em tempo hábil, preferencialmente sob a forma da conciliação”.<sup>520</sup>

Como registrado no Projeto, a implementação da municipalização “[...] não ocorre de maneira específica, mas sob diversas formas que, elaboradas pelos juristas e implementadas pelos magistrados, sejam hábeis à ampliação das vias jurisdicionais a todos”.<sup>521</sup>

Do estudo relativo às propostas e iniciativas apresentadas, verifica-se como denominador comum, a preocupação do Poder Judiciário em proporcionar à Sociedade, seja pelo aperfeiçoamento da própria Instituição ou ainda através de vias alternativas, uma Justiça mais célere e eficaz, contribuindo para o efetivo Acesso.

É de se acrescentar que não se tratam de estratégias ou empreendimentos isolados, ao contrário, o êxito das experiências depende justamente do engajamento dos operadores do direito, Juízes, Advogados, Promotores de Justiça e também da integração de segmentos representativos do Poder Público e da Sociedade civil.

---

<sup>520</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

<sup>521</sup> Projeto do Roteiro de Implementação da Justiça de Conciliação, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_justica\\_conciliacao.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_justica_conciliacao.pdf), acesso em 26 de setembro de 2005.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)