

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES MUNIZ DE OLIVEIRA

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS MEDIDAS
PROCESSUAIS PROVISÓRIAS**

Doutorado em Direito

São Paulo

2007

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES MUNIZ DE OLIVEIRA

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS MEDIDAS
PROCESSUAIS PROVISÓRIAS**

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Doutor Donaldo Armelin.

São Paulo

2007

BANCA EXAMINADORA

“Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixa ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar”.
(Montesquieu, O Espírito das Leis, Livro XI, Capítulo XX)

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, os grandes responsáveis por minha vitória, pelo amor incondicional, compreensão e apoio.

Ao meu orientador, Prof. Doutor Donaldo Armelin que, mesmo em minha ausência, não mediu esforços para prestar-me auxílio.

Aos amigos Roque Antonio Mesquita de Oliveira, Pedro Paulo Ferronato, Luciana Biagio Laquimia, Ida Inês Del Cid e Benedito Roberto Garcia Pozzer pela inestimável contribuição de apoio e carinho.

Especialmente, à Paulo José Muniz de Oliveira. Por seu amor, sua compreensão, seu auxílio e, principalmente, por seu incentivo nas horas de fraqueza.

À Ana Beatriz, razão do meu viver.

RESUMO

O mundo atual reclama uma adequação cada vez mais intensa e constante do ordenamento jurídico, a fim de se aperfeiçoar a tutela dos vários interesses protegidos pela norma legal, solucionando-se com presteza os conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

O presente estudo tem o objetivo de analisar a margem de liberdade concedida ao magistrado na verificação do cabimento das medidas processuais provisórias. De fato, diante da colocação de conceitos vagos ou indeterminados pelo legislador nas denominadas tutelas de urgência, passa a existir a polêmica sobre a discricionariedade judicial nessa apreciação.

Para tanto foi analisado, inicialmente, a discricionariedade como um todo, ou seja, passamos a discorrer sobre a conceituação, legitimidade e limites da discricionariedade administrativa, ressaltando-se a importância dos princípios constitucionais para o deslinde da questão. Em seguida, estudamos a estrutura do Poder Judiciário, com toda sua evolução histórica, dando-se ênfase a pessoa do Juiz e o seu trabalho de valoração da prova como meio de alcançar a ordem jurídica justa.

Por fim, analisamos a tutela jurisdicional, com destaque para as medidas processuais provisórias de urgência, tais como as medidas liminares e a antecipação dos efeitos da tutela, discorrendo, sobre os conceitos vagos ou indeterminados que compõem seu tipo legal, com o objetivo de concluir-se sobre a possibilidade ou não da discricionariedade judicial no preenchimento desses conceitos, para posterior concessão ou não da tutela de urgência pretendida.

ABSTRACT

The actual world demands an adequation of the Legal System, each time more intense and constant, in order to improve the protection of the different interests protected by the Law and, as a result, to solve quickly the conflicts submitted to the Judiciary.

This study has the objective of analyzing the liberty given to the judge in verifying the suitability of the preliminary extent. In fact, facing unknown or vague concepts given by the Law in the urgent measures, the appreciation of the Judiciary and The liberty given to that appreciation comes into question.

For that analysis, initially the discretionarity of the judge was examined as a whole: the concept, the legitimacy and the limits of the administrative discretionarity, calling attention to the importance of constitutional principles to the solution of this matter. Afterwards, the structure of the Judiciary was studied, including his historical evolution, and given emphasis to the person of the judge and his work of evaluation of evidences as a way to aim the plain access to Justice.

Finally, the jurisdictional protection was examined, giving especial attention to the urgent preliminary extent, such as preliminary measures and the anticipation of the effects of the sentence, and analyzing vague or unknown concepts that as part of the legal type, searching a conclusion for the possibility or not of the judicial discretionarity in completing this vague concepts, in order to give the urgent extent demanded.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE	13
2.1 Conceito	13
2.2 Princípios Constitucionais	22
2.2.1 Noções gerais.....	22
2.3 Princípios Constitucionais Processuais e do Administrador Público	28
2.3.1 Princípio do Devido Processo legal – “due process of law”	31
2.3.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	37
2.3.3 Princípio da Isonomia ou Igualdade.....	41
2.3.4 Princípio do Juiz Natural e do Promotor Natural.....	44
2.3.5 Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação	46
2.3.6 Princípio da Publicidade dos Atos Processuais.....	53
2.3.7 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais	56
2.3.8 Princípio da Proibição de Prova Ilícita.....	57
2.3.9 Princípio da Duração Razoável do Processo	59
2.3.10 Princípio da Legalidade.....	60
2.3.11 Princípio da Moralidade.....	62
2.3.12 Princípio da Razoabilidade.....	65
2.3.13 Princípio da Proporcionalidade.....	67
2.3.14 Princípio da Supremacia do Interesse Público	69
2.4. Poder Discricionário	70
2.4.1 Conceito	71
2.4.2 Limites ao Poder Discricionário e Controle Judicial.....	73
3. DO JUIZ	77
3.1 Evolução histórica do Poder Judiciário.....	77
3.2 Poder Judiciário no Brasil.....	79
3.3 Concurso de Ingresso a Carreira da Magistratura.....	86
3.4 Direito Comparado	89
3.4.1 Itália.....	89
3.4.2 Portugal	90
3.4.3 Alemanha	91

3.4.4 Estados Unidos e Inglaterra	92
3.5 A verdade, o processo, o direito, o juiz e a justiça	93
3.6 Atos Processuais.....	100
3.7 Preclusão.....	106
3.7.1 Conceito.....	106
3.7.2 Natureza Jurídica.....	107
3.7.3 Espécies.....	109
3.7.4 Preclusão e Institutos Afins.....	111
3.7.4.1 Preclusão e Decadência.....	112
3.7.4.2 Preclusão e Prescrição.....	113
3.7.4.3 Preclusão e Coisa Julgada.....	114
3.7.5 Preclusão e Produção de Provas.....	114
3.8 Garantias Constitucionais.....	117
3.9 Poderes do Juiz.....	118
3.9.1 Poderes de Direção e Ordinatórios.....	119
3.9.2 Poderes Instrutórios.....	120
3.9.3 Poderes Decisórios.....	120
3.9.4 Poderes Executórios.....	121
3.10 Deveres do Juiz.....	122
4. DAS MEDIDAS PROCESSUAIS PROVISÓRIAS.....	127
4.1 Noções preliminares.....	127
4.2 Tutela Jurisdicional Diferenciada.....	137
4.3 Medidas Liminares – Aspectos Gerais	138
4.3.1 Conceito de Medida Liminar	139
4.3.2 Características	141
4.3.2.1 Urgência	141
4.3.2.2 Cognição Sumária.....	144
4.3.2.3 Provisoriedade.....	145
4.3.2.4 Revogabilidade.....	146
4.4 Liminar em Ação Cautelar – Tutela Cautelar.....	147
4.5 Liminar em Mandado de Segurança.....	148
4.6 Tutela antecipada.....	150
4.6.1 Conceito	150

4.6.2 Objeto	152
4.6.3 Pressupostos.....	153
4.6.4 Legitimidade para o pedido	154
4.6.5 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação.....	161
4.6.6 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	163
4.6.7 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	166
4.6.8 Cumprimento da tutela antecipada.....	167
4.6.9 Revogação e modificação	169
4.6.10 Momento da concessão.....	172
4.7 Tutela antecipada em face da Fazenda Pública.....	175
4.8 Antecipação da tutela e tutela específica.....	177
4.9 Tutela antecipada nas Ações Coletivas.....	184
5. HÁ DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS MEDIDAS PROCESSUAIS PROVISÓRIAS?.....	190
5.1. Interpretação jurídica.....	190
5.2. Conceitos Indeterminados ou indefinidos.....	192
5.3. Discricionariedade judicial ou interpretação valorativa nas medidas processuais provisórias de urgência?.....	197
CONCLUSÃO.....	203
BIBLIOGRAFIA	205

1. INTRODUÇÃO

Na sistemática do direito processual grandes transformações continuam a ocorrer, buscando-se cada vez mais uma prestação jurisdicional célere e eficaz – como as tutelas de urgência - a fim de se alcançar a ordem jurídica justa.

A finalidade dessas tutelas de urgência de caráter provisório, consiste justamente em uma tutela jurisdicional diferenciada dirigida aos casos concretos a ela concernentes, dotando assim o direito processual dos instrumentos adequados para a composição dos conflitos de acordo com suas peculiaridades.

Todavia, o legislador ao colocar à disposição dos jurisdicionados essas modalidades de tutela, o fez utilizando-se de conceitos, na maioria das vezes, vagos e imprecisos.

É certo que cabe ao magistrado a valoração, em cada caso, dos requisitos exigidos, a fim de alcançar a ordem jurídica justa, congregando rapidez, segurança, eficácia e efetividade.

A celeridade da justiça não pode, todavia, acarretar insegurança, colocando em risco os direitos inerentes à pessoa humana. A par disso, a tutela jurisdicional deverá ser eficaz, produzindo o efeito almejado e adequado a cada situação.

Cumpra consignar que, na valoração desses requisitos, poderá o magistrado até atuar com poder discricionário, porém, nunca se conduzirá dessa forma se, preenchidos os requisitos legais, passar a optar livremente dentro do seu convencimento, pela concessão ou não da tutela pretendida, pois se assim o fizer, estará agindo com evidente desvio da vontade da lei, tornando, inclusive, sua decisão impugnável em razão da arbitrariedade e da ilegalidade.

Desenvolvemos o presente estudo em quatro capítulos.

No primeiro discorreremos sobre a evolução histórica do Estado, bem como do direito Administrativo, a fim de conceituarmos a discricionariedade, bem como o poder à ela inerente e a forma de controle judicial sobre ela. Para tanto, buscamos dentro dos princípios constitucionais processuais e do Administrador Público, limites para atuação do agente público, entre os quais, o magistrado.

Posteriormente, já no segundo capítulo, analisamos o magistrado, como agente público de direitos e deveres, traçando a trajetória histórica do Poder Judiciário, as formas de acesso à magistratura, tanto no ordenamento jurídico pátrio como no direito comparado.

No terceiro capítulo verificamos as tutelas de urgência, por nós denominadas de medidas processuais provisórias. Passamos a discorrer sobre a medida liminar, nas formas de medida liminar na tutela cautelar e medida liminar no mandado de segurança, bem como a antecipação dos efeitos da tutela, inclusive nas ações coletivas, nas execuções das obrigações de fazer e não fazer

e nas ações contra a Fazenda Pública. Elencamos seus requisitos, o momento para a sua concessão, a possibilidade de revogação e/ou modificação e o seu cumprimento.

Por fim, analisamos a interpretação jurídica do direito bem como as suas formas e, a final, traçamos nosso entendimento sobre a discricionariedade judicial e a interpretação valorativa nas medidas processuais provisórias de urgência.

Com essas preocupações, que instigam o estudo de todos os sujeitos e institutos do processo civil, procuramos melhor conhecer, com a certeza da impossibilidade de esgotar o exame da matéria, o tema proposto – Discricionariedade Judicial nas Medidas Processuais Provisórias –, desenvolvido, assim, o trabalho nesses quatro capítulos que se seguem.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE

2.1 Conceito

A conceituação de discricionariedade nos direciona ao Direito Administrativo. Vários foram os doutrinadores que se lançaram na análise do tema, levando em consideração a premissa de que os poderes exercidos pelos administradores públicos são limitados às imposições legais, obviamente para impedir excessos e arbitrariedades no exercício da função pública, a qual também se submetem os julgadores.

O Direito Administrativo, caracterizado por não ser uma espécie de Direito codificado, mas integrado por inúmeras leis esparsas, está intimamente ligado à noção de Estado, afirmando-se com o reconhecimento do Estado de Direito.

O termo Estado obteve nova dimensão com o Direito moderno, tendo sido pela primeira vez idealizado por Maquiavel, em sua obra *O Príncipe*.¹

Com efeito, na época do Direito Romano, eram utilizados para conceituar uma sociedade politicamente definida os vocábulos *civitas* ou *status*, em latim. No Direito da Idade Média até a Idade Moderna passou-se a denominar essa mesma sociedade com os seguintes termos: principado, reino, ducado ou, ainda,

“as camadas do reino, 1º estado (clero), 2º (nobreza) e 3º (burguesia), cuja reunião, quando convocados pelo monarca, forma os estados-gerais (ou estados provinciais caso se limitassem a uma província)”.²

As idéias absolutistas, as quais predominaram entre a Idade Média e a Idade Moderna, centralizaram todo o poder em um monarca, impondo a unificação do território e o aparecimento da burguesia (nova classe social).

Defensor desse modelo estatal foi Thomas Hobbes, o qual afirmava que a origem do Estado está em um contrato, sendo que o poder do governante é ilimitado, absoluto.

“Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido”.³

Assim, o Estado

“é a sociedade necessária em que se observa o exercício de um governo dotado de soberania a exercer seu poder sobre uma população, num

¹ “*Todos os Estados, todos os domínios que têm havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados*”. p. 33.

² Nelson de Souza SAMPAIO, *Prólogo à teoria do Estado*, p. 254.

³ Thomas HOBBS, *O Leviatã*, p. 107.

determinado território, onde cria, executa e aplica seu ordenamento jurídico, visando ao bem comum”.⁴

No dizer de Hans Kelsen, o Estado é

“como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é global, ou de um modo geral, eficaz”.⁵

Para Dalmo de Abreu Dallari, o Estado é “como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.⁶

O Estado é, assim, uma pessoa jurídica soberana, organizada dentro de um território, cuja finalidade é alcançar o bem comum de todos através da aplicação do ordenamento jurídico.

Com o Iluminismo, surge o Estado Constitucional⁷, objetivando o respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem, tendo como base a Constituição.

O Estado Constitucional atravessou fases distintas, quais sejam: o Estado de Direito *stricto sensu*; o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito.⁸

⁴ Pedro SALVETTI NETTO, *Curso de Teoria do Estado*, p. 42.

⁵ *Teoria Pura do Direito*, p. 321.

⁶ *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 101.

⁷ Idealizado por Rousseau, Montesquieu, Kant, entre outros.

⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 84.

Para Paulo Bonavides

“Não há propriamente ruptura no tempo tocante ao teor dessas três formas imperantes de organização estatal, senão metamorfose, que é aperfeiçoamento e enriquecimento e acréscimo, ilustrados pela expansão crescente dos direitos fundamentais bem como pela criação de novos direitos”.⁹

O Estado Liberal ou Estado de Direito *stricto sensu*, de origem americana, caracterizou-se pelo individualismo e pela submissão do Estado à lei¹⁰, sendo mais conhecido como o “governo de leis, não de homens”,¹¹ encontrando seu embrião em dois pensadores iluministas: John Locke e Montesquieu.

Todavia, com o enfraquecimento do Estado de Direito, enquanto teoria liberal, surge o Estado Social de Direito no sentido de permitir uma maior igualdade social, afastando-se a superioridade da aplicação da lei em detrimento da justiça social, acarretando, no entanto, uma maior intervenção estatal, mormente do Poder Executivo, conduzindo a um desequilíbrio com os demais Poderes.

⁹ *Teoria do Estado*, p. 41.

¹⁰ José Afonso da SILVA esclarece que o Estado Liberal de Direito “tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de submeter-se à lei. Suas características básicas foram: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; c) enunciado e garantia dos direitos individuais”. *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 124.

¹¹ Artigo 30 da Declaração de Direitos do Massachusetts: “*rule of law, not of man*”.

Denota-se sua aplicação na Carta Política do México, na Constituição da República Federal Alemã (Constituição de Weimar) e na Constituição Espanhola.

Nesse sentido, as palavras de Lucas Verdú,

“Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primário do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”.¹²

Assim, como ocorreu com o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito acabou por se manifestar de forma diversa da que fora concebido, gerando governos totalitários com aparência de Estados Sociais, acarretando, por isso, sua transformação.

Nesse contexto surgiu o denominado Estado Democrático de Direito.¹³

No ordenamento jurídico brasileiro, o Estado Democrático de Direito, consagrado constitucionalmente no artigo 1º, se revela como sendo um Estado governado pelo direito, emanado da vontade do povo, expressada pelos seus

¹² *La lucha por el Estado de Derecho*, p.94.

¹³ Artigo 1º da Constituição da República: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

representantes, submetendo todos à lei para garantir a liberdade geral da atuação humana.¹⁴

Assim, o Direito terá que se ajustar ao interesse coletivo, não sendo tão-somente a união formal dos conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito.

Para André Copetti,

“o Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade, como um conteúdo próprio a ser buscado, para garantir através do asseguramento o mínimo de condições de vida para o cidadão e a comunidade. Ou seja, nele a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica”.¹⁵

Dessa forma, o artigo 2º da Constituição da República¹⁶ apresenta a consolidação dos ideais do Estado Democrático de Direito, pois impede a concentração do Poder Estatal em um único homem e determina a sua repartição

¹⁴ “O Estado Democrático de Direito se rege pelo princípio segundo o qual os titulares da função administrativa, tanto do Executivo como do Legislativo e do Judiciário têm como inafastável dever, subordinar-se à Constituição e às leis. Estas últimas implementam a Constituição, cabendo ao Judiciário exercer tanto o exame de conformidade dos atos normativos e individuais emanados das autoridades administrativas perante a lei, como também o de constitucionalidade das leis em confronto com o texto constitucional”. Luciano Ferreira LEITE, *Interpretação e Discricionariedade*, p. 13.

¹⁵ *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 58.

¹⁶ Artigo 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

entre três Poderes, de maneira independente e harmônica, para garantir a soberania e a cidadania, evitando abusos.

Todos que exercem o poder deverão pautar-se pelo cumprimento da lei, mesmo que esta lhe apresente margem de liberdade para atuação, ou seja, mesmo na denominada atuação discricionária do administrador público.

É o sistema de freios e contrapesos, pois cada Poder atua sob controle de outro.

A partir da metade do século XX começou a surgir discussão sobre o denominado Estado neoliberal. O movimento do neoliberalismo, a partir da década de 1970, passou a significar a doutrina econômica que defende a restrição da intervenção estatal sobre a economia, devendo esta ocorrer em grau mínimo. Verificamos sua ocorrência em países tais como o Chile (Era Pinochet) e a Grã-Bretanha (Era Thatcher). Em contrapartida, com a eleição de “governos populistas” principalmente na América do Sul¹⁷, surgiram movimentos antiliberalismo, que por vezes se confundem com movimentos antiglobalização.¹⁸

Nessa evolução sintética de todos os modos de Estado que se apresentaram, adquiriu extrema importância o estudo do Direito Administrativo,

¹⁷ Evo Morales – Bolívia; Hugo Chaves – Venezuela; Luiz Inácio Lula da Silva – Brasil, entre outros.

¹⁸ A globalização “poderá significar para as economias periféricas o começo da mais nova e irresgatável servidão, aquela aparelhada por um colonialismo tecnológico e informático, que fará os fortes mais fortes e os fracos mais fracos. Entre estes, sem dúvida, há de arrolar-se, caudatariamente, na miragem do desenvolvimento, países como o Brasil, a Argentina e o México. A globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem, onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial,

intimamente interligado à própria estrutura da sociedade politicamente organizada, sendo a Administração Pública a gestão dos bens e interesses pertencentes a essa sociedade, portanto, é inerente seu objetivo de resguardar o interesse público em detrimento do interesse particular ou individual. Assim, possui como função limitar o exercício do poder.

Para atuar, a Administração Pública necessita de agentes públicos, os quais desempenham funções estatais no âmbito dos três Poderes, tanto na administração direta como na administração indireta. Contudo, qualquer que seja a forma de ligação que esse agente possua com a Administração Pública, somente poderá ele atuar dentro dos limites estabelecidos pela lei de forma vinculada ou de maneira discricionária.

Assim, depreende-se nessa atuação a existência de dois *poderes* distintos, a saber: o poder vinculado e o poder discricionário.

O vocábulo *poder* deriva do verbo latino *posse*, que significa ser capaz, ter poder. Para De Plácido e Silva

“o poder como verbo é tomado no sentido de ser autorizado, ser permitido, dar autoridade, facultar, ter autoridade e o poder como substantivo significa o domínio e a posse, tida sobre certas coisas, ou a faculdade, permissão, força ou autorização para que se possa fazer ou executar certas coisas”.¹⁹

auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios “. Paulo BONAVIDES. *A Constituição Aberta*, p.283.

¹⁹ *Vocabulário Jurídico*, p. 380.

Dessa forma, no poder vinculado, o agente público se encontra estritamente limitado em sua atuação aos ditames da lei. De maneira diversa, no poder discricionário, o administrador possui poder de escolha, dentro das possibilidades legais, para decidir qual opção é a mais adequada para os fins sociais.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

“a discricionariiedade administrativa é a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, toda válidas perante o direito”.²⁰

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello define a discricionariiedade como sendo

“a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois, comportamento cabível perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”.²¹

A par disso, segundo Odete Medauar, o

“conceito de discricionariiedade é definido como uma faculdade atribuída para a administração se orientar de maneira livre quanto a determinados atos,

²⁰ *Discricionariiedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 67.

²¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 558.

denotando a idéia de uma escolha livre, levando em consideração o interesse publico".²²

Em consonância com estes ensinamentos, pode-se concluir, em princípio, que a discricionariedade, ao contrário da vinculação, é a possibilidade do administrador de atuar em prol do bem comum, utilizando-se dos parâmetros morais e legais, bem como critérios de conveniência e oportunidade, que norteiam o meio no qual está inserido, a fim de melhor optar dentre mais de uma alternativa que lhe é apresentada pelo ordenamento jurídico.

Assim, se o administrador público deve agir dentro dos limites da lei, existindo situações em que poderá optar por outra solução, conforme regramento legal, estará atuando discricionariamente, mas sujeitando-se ao controle jurisdicional do ato praticado.

A fim de discorrer sobre a possibilidade da discricionariedade no âmbito judicial, é mister o estudo dos princípios que norteiam a Lei Maior não somente para o processo, mas também para o próprio agente público.

2.2 Princípios Constitucionais

2.2.1 Noções gerais

²² *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 184.

O termo princípio advém do latim *principium*, exprimindo a idéia de começo, de origem de alguma coisa. Num sistema jurídico, princípio é um dogma, é a base ou alicerce para a harmonização do sistema legal, considerando-se como sistema a reunião ordenada das várias partes que formam um todo, sendo que as últimas se explicam pelas primeiras.

Para De Plácido e Silva, princípio, no sentido jurídico,

“notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, desta maneira, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica”²³,

ou seja, a noção de princípio expressa a idéia de uma organização normativa a ser levada em consideração.

Importante trazer-se à colação os ensinamentos de Clemente Diego acerca de sua noção sobre a matéria. Para o citado autor, o princípio de direito

*“es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación jurídica, de um Código o de todo um Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de derecho, el motivo determinante, la razón informadora del derecho (ratio juris), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que estos se hallan con aquella em la propia relación lógica que la consecuencia al principio de onde se derivam”*²⁴

²³ Op.cit., De Plácido e SILVA, p. 447.

²⁴ Lição inserida na obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica* – Eros Roberto GRAU, p. 117.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

“princípio é, por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.²⁵

Os princípios são reconhecidos como normas de Direito, ou seja, como norma jurídica.²⁶ Mas o que seria norma jurídica?²⁷ É usual tratar-se a norma

²⁵ *Op.cit.*, Celso Antônio Bandeira de MELLO, p. 922-923.

Ruy Samuel ESPÍNDOLA adverte que “muito embora seja uma elaboração deveras significativa e elucidante, deve-se salientar que sua formulação, pelo autor em foco, ocorreu para atender problema argumentativo específico: ao tratar do tema “Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional”, no capítulo XV, de seu *Curso de Direito Administrativo*, usou dessa noção para sublinhar a importância do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição) no controle dos atos administrativos. Porém, esse problema metodológico, ao que parece, não tem sido levado em conta por muitos publicistas e constitucionalistas brasileiros que, malgrado a precisão descritiva e metafórica da noção de Bandeira de Mello, têm-na utilizado, em termos quase absolutos, como que em renúncia à exploração de elementos conceituais e problemas outros compreensíveis no conceito de princípio – mormente o de princípio constitucional -, e que a noção, transcrita, por óbvio, não poderia esgotar. Ou seja, o uso corrente dessa noção tem servido de escusa à tarefa metodológica de estabelecimento de formulações e discussões em torno do conceito de princípio constitucional, e, antes mesmo, de princípio jurídico”. *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 117.

²⁶ Diversa é a opinião de Rodolfo Luis VIGO para quem não se podem confundir as normas jurídicas com os princípios jurídicos, isto porque “enquanto os princípios têm aquele conteúdo moral ou vinculado aos direitos morais (*moral rights*, ou então, *natural rights*, por oposição aos direitos legais, ou *legal rights*), as normas contam com um conteúdo diversificado”. *Interpretação Jurídica – do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*, p.144.

²⁷ “Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementariedade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim”. Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 141.

jurídica como sinônimo de lei (para alguns o termo lei pode ser usado também como sinônimo de texto ou dispositivo).²⁸

Porém, a norma jurídica é produto da interpretação da lei, que pode mudar através de um processo legislativo ou permanecer vigente até ser revogada, mas a norma pode mudar pelo processo interpretativo, ainda que inalterado o texto legal.

Para Humberto Ávila não há correspondência entre norma e dispositivo, isto porque uma pode subsistir sem a existência da outra. Ressalta o autor que

“em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então, há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte fático. Em outros casos há dispositivo, mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma”.²⁹

Como se pode observar, a distinção entre princípios e regras é muito complexa e tênue. O que interessa saber, sobre princípios, é que na verdade são verdadeiras *normas*, porém distintas (em sua essência) das outras categorias de normas, ou seja, de regras jurídicas.

De fato, os princípios e as regras são espécies da norma, porém os princípios diferem das regras, eis que estas são aquelas normas jurídicas que

²⁸ Por exemplo, Humberto Ávila, in *Teoria dos Princípios*, p. 22.

descrevem uma hipótese fática e prevêm uma conseqüência jurídica na sua ocorrência, sendo que o princípio prescreve um valor. Ambas são normas jurídicas, porém diferem na sua essência³⁰ e, na prática, muitas vezes se confundem.

Princípios são abstratos (valores) para alcançar o maior número de casos possíveis, enquanto a regra, com maior concretude, é aplicável a determinada situação fática.

Por outro lado, os princípios constitucionais exprimem determinados valores essenciais, fundamentando o sistema jurídico e funcionando como base para a interpretação e efetivação das normas. Os princípios são extraídos dos valores, tais como, os valores políticos – assim entendidos como ideais sociais e anseios do povo e, quando positivados na Constituição da República tornam-se valores jurídicos, dos quais emergem as normas-princípios, também dotados de efetividade e as normas-regras que as concretizam.

A Constituição da República possui princípios expressos e implícitos. Carmem Lucia Antunes Rocha ensina que “a Constituição não se reduz às suas

²⁹ *Op. cit.*, Humberto ÁVILA, p.22.

³⁰ Para José Joaquim Gomes CANOTILHO, as diferenças entre princípios e regras são basicamente as seguintes: 1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com diversos graus de concretização, dependendo das condições fáticas e jurídicas, enquanto as regras são normas que prescrevem uma exigência que é ou não cumprida; 2) a convivência dos princípios é conflitual, sendo que as regras têm convivência antinômica; 3) conseqüentemente, os princípios coexistem, ao passo que as regras antinômicas excluem-se; 4) assim, os princípios, sendo exigências de otimização, permitem balanceamento de valores e interesses, enquanto as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, ou seja, ou a regra vale e deve ser aplicada nos seus exatos termos, ou não vale e não deve ser aplicada; 5) os

normas, sequer a seu texto, a sua forma, a seu dizer. Ela vive também no que ela não diz, mas permite vêm a ser dito e ditado pelo seu intérprete".³¹

Os princípios expressos são aqueles que estão descritos literalmente no texto escrito da Constituição da República, destacando-se entre eles os seguintes princípios constitucionais processuais, por exemplo: devido processo legal, publicidade dos atos processuais; inafastabilidade do controle jurisdicional, igualdade ou isonomia, etc.

Os princípios implícitos são aqueles extraídos da interpretação da Constituição, revestindo-se da mesma importância atribuída aos princípios explícitos, como: Princípio da Intervenção Mínima; Princípio da Insignificância; Princípio da Razoabilidade; Princípio da Proporcionalidade, dentre outros.

A carência da normatividade dos princípios implícitos, tão bem aceita até recentemente, ficou frágil diante do afastamento da tradicional concepção de hermenêutica constitucional.³²

princípios suscitam problemas de validade e peso (importância), ao passo que as regras somente problemas de validade. *Op. cit.*, p. 1.035.

³¹ *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 36.

³² A interpretação constitucional possui como objetivo precípua compreender, investigar e revelar o conteúdo, o significado e o alcance das normas que integram a Constituição. Para Canotilho, "interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou a vários símbolos lingüísticos escritos na constituição. (...) Sob o ponto de vista jurídico, a interpretação das normas constitucionais apresenta, igualmente, particularidades relevantes, relacionadas sobretudo com o caráter hierárquico supremo da constituição e com a função de determinante heterônoma dos preceitos constitucionais relativamente às normas colocadas num plano hierárquico inferior". *Op.cit.*, p. 1080-1082.

Norberto Bobbio sustentando a tese defendida por Crisafulli esclarece que,

“se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso”.³³

A par disso, o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição da República estabelece a validade de direitos fundamentais não previstos no texto constitucional, desde que oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte e aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, possuindo *status* de emenda constitucional.

2.3 Princípios Constitucionais Processuais e do Administrador Público

É certo que o estudo da norma jurídica não deve ser feito de maneira isolada, mas sim dentro de um sistema³⁴, o ordenamento jurídico. Norberto Bobbio assevera que “as normas jurídicas existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”³⁵, demonstrando-se, assim, a validade da norma.

³³ *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 158.

³⁴ Sistema jurídico pode ser entendido como o conjunto de normas harmônicas entre si.

³⁵ *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 19.

A validade somente será alcançada após a análise dessa norma com a denominada norma fundamental, criada por Hans Kelsen.³⁶ Cumpre consignar, segundo Kelsen³⁷, que a norma fundamental não é expressa no ordenamento jurídico, tratando-se de mero pressuposto basilar do sistema jurídico, compreendendo os princípios e as regras.

A Constituição Federal, para Kelsen, é fundamento de validade das normas hierarquicamente inferiores, regendo a conduta do legislador infraconstitucional, devendo o direito processual obediência à Lei Constitucional.

De fato, “a norma constitucional é a matriz da qual surgem princípios e institutos de direito processual”³⁸, devendo a norma processual ser verificada em conjunto com a Constituição Federal, não somente em seu aspecto gramatical e formal, mas também visando alcançar o “espírito” da Constituição.

Antonio Scarance Fernandes assevera que

³⁶ *Teoria Pura do Direito* – doutrinador alemão, o qual sustentou a tese de que a norma é um juízo, havendo contraposição entre o “ser” e o “dever ser”.

³⁷ “O direito regula sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui sua unidade”. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 129.

³⁸ Roberto ROSAS, *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*, p. 12.

“a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico em que se vive”.³⁹

Esse espírito mencionado é amplamente verificado através da constitucionalização do processo civil. Ou seja, o legislador constituinte estabeleceu inúmeros direitos e garantias elencados, principalmente, no artigo 5º da Constituição da República, criando, por outro lado, dentre eles, preceitos relacionados ao direito processual,

“é fácil identificar nas constituições modernas o estabelecimento de um rol de garantias fundamentais. Muitas dessas garantias dizem respeito ao processo. Trata-se do fenômeno da constitucionalização das garantias processuais, surgido depois da Segunda Guerra Mundial, com a nítida preocupação de combater o totalitarismo”.⁴⁰

Assim, a Constituição da República de 1988 enumera inúmeros princípios relativos ao direito processual e ao administrador público, dentre os quais serão analisados os principais, a seguir.

O administrador público também está adstrito à obediência de princípios oriundos da Constituição da República, tanto de forma expressa como de maneira implícita referentes ao processo (tanto judicial como administrativo) como também no exercício inerente de sua função.

³⁹ *Processo Penal Constitucional*, p. 15.

É lição que se extrai dos princípios constitucionais que regem o administrador público, que eles devem ser aplicados harmonicamente, isto porque, um se mescla ao outro para, juntos, dar-lhes um contorno de bom senso, coibindo abusos e excessos.

2.3.1 Princípio do devido processo legal – *due process of law*

Inserido expressamente no artigo 5º, inciso LIV⁴¹, refere-se à maneira pela qual a norma é executada dentro do contexto de um procedimento judicial a fim de assegurar a igualdade entre as partes, bem como o acesso à Justiça.

O princípio do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum*, de 1215, de vital importância nos direitos inglês e norte-americano. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que:

"todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

⁴⁰ Marcos DESTEFENNI, *Natureza Constitucional da Tutela de Urgência*, p. 25.

⁴¹ "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Predominou inicialmente a visão individualista do devido processo legal, destinado a resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Essa orientação teve seu período de fausto na primeira metade do século XX e parte da segunda. Perdeu força ante a preponderância da ótica publicista, segundo a qual as regras do devido processo legal são garantias, não direitos, das partes e do justo processo.^{42,43}

Inovando em relação às antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao devido processo legal, elevado à categoria de princípio constitucional.

Para alguns bastaria que o legislador constituinte tivesse elencado tão-somente tal princípio no campo processual, pois os demais princípios processuais são dele decorrentes, sendo assim considerado um dos princípios primordiais e importantes do processo.⁴⁴

⁴² Ada Pellegrini GRINOVER, *Novas tendências do Direito Processual*, p. 2.

⁴³ José Afonso da SILVA ensina que “O princípio do *devido processo legal* entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo*, e quando se fala em 'processo', e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 411.

⁴⁴ Nesse sentido, Nelson NERY JÚNIOR complementa a idéia afirmando que “a explicitação das garantias fundamentais derivadas do *due process of law* esculpidas nos incisos do artigo 5º da CF é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 37.

Este princípio encontra-se inserido tanto no seu aspecto substancial (– *substantive due process* – proteção dos direitos e das liberdades da pessoa humana)⁴⁵ como em seu aspecto processual (– *procedural due process* – cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais do processo como um todo), exemplificando, pode-se incluir nesse aspecto material o direito à citação, à defesa técnica, à produção de provas lícitas, à interposição de recursos, entre outros.

Interessante entendimento vem de Luigi Ferrajoli, para quem o devido processo legal substancial não mais pode ser entendido apenas pelo respeito ao devido processo legislativo formal, porque, constitucionalizados os direitos fundamentais, resultantes da positivação dos valores sociais percebidos pelo constituinte, atuantes como limites ao poder legiferantes, as leis infraconstitucionais que não abriguem mencionados direitos de maior magnitude, não podem ser consideradas válidas, apenas porque submetida ao devido procedimento previsto para sua elaboração, como defendia Hans Kelsen, com a seguinte advertência:

“Esta concepção puramente formal de validade é, a meu ver, fruto de uma simplificação, que, por sua vez, deriva de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito a que nos referimos. O sistema das normas sobre produção das normas – estabelecido geralmente, nos nossos ordenamentos, em nível constitucional – não se

⁴⁵ “A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisando na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”. (STF – Pleno – Adin 1.407/DF – Rel. Min. Celso de Mello).

compõem efetivamente só de normais formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação das leis. Esse sistema inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de diversas formas limitam e vinculam o Poder Legislativo, vendando-lhe ou impondo-lhe determinados conteúdos. Por isso uma norma – por exemplo uma lei que viole o princípio constitucional da igualdade – embora formalmente existente ou vigente, pode ser inválida e como tal susceptível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre a sua produção”⁴⁶.

Assim para Kelsen a validade de uma lei é aferida pela observância do devido procedimento legislativo. Só é válida a lei elaborada pelo órgão competente, nos limites da lei superior.

Para a validade, segundo Kelsen, não se afere o conteúdo da lei – apenas com a observância do devido processo legal substancial – pouco importando se era razoável, proporcional ou se asseguravam direitos fundamentais positivados na Constituição da República, ou seja, a lei valia até ser revogada por outra, ainda que injusta.

Por outro lado, para Ferrajoli a validade da lei deve ser aferida pelo conteúdo: razoável, proporcional e assegurar direitos fundamentais. Se assim não for será desprovida de validade e o juiz pode rejeitá-la.

⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: *O novo em Direito e Política*. Organização de José Alcebíades de Oliveira Júnior. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 1997, p. 95.

No aspecto processual, questão de interesse é a inovação trazida pela Lei nº 11.277/2006, a qual acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 285-A, que possibilita ao juiz diante de uma ação idêntica à outra, já julgada improcedente o pedido, sendo a matéria controvertida unicamente de direito, dispensar a citação, julgando antecipadamente a lide, reproduzindo o teor da sentença prolatada anteriormente. Nesse aspecto, inexistiria, em um primeiro momento, a citação do réu para os termos da ação. Todavia, interposto recurso de apelação e mantida a decisão, o réu será citado para responder ao recurso (artigo 285, parágrafo 2º do Código de Processo Civil).

Assim, discute-se sobre a violação ou não do princípio do devido processo legal.

Relativamente a isso foi proposta, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - 3.695, de relatoria do ministro César Peluso, em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona a constitucionalidade da Lei acima citada, em razão da violação a diversos princípios constitucionais, entre eles o devido processo legal. Essa ADI encontra-se aguardando julgamento.

Com relação a esse questionamento, Cássio Scarpinella Bueno discorre que:

“nestas condições, não há como deixar de constatar como o dispositivo mostra-se assimétrico, comparado com todos os demais, inseridos paulatinamente no Código de Processo Civil, que autorizam a atuação isolada dos relatores no

âmbito dos Tribunais – e, lembrando o § 3º do art. 475, a atuação do próprio juízo de primeiro grau – diante de uma tese consolidada. Para todos os demais casos e já mencionei acima os dispositivos respectivos –, o paradigma que autoriza a atuação monocrática do julgador, e, nesta perspectiva, evita a prática de atos processuais desnecessários (como, por exemplo, a sujeição da sentença ao reexame necessário), já que o desfecho da causa, do incidente ou do recurso é, de antemão, conhecido, tem fundamento no entendimento consolidado e reiterado, sumulado ou predominante, isto é, menos importante, dos Tribunais superiores ou, quando menor, do Tribunal recursal respectivo”.⁴⁷

Particularmente, entendo que a ausência inicial de citação não fere o princípio do devido processo legal, isto porque o aludido princípio, não obstante sua importância, não há de ser entendido como absoluto, sendo que, nesse caso, com ou sem a presença do demandado, a improcedência do pedido é inevitável. Ademais, em caso de eventual interposição de recurso, o réu deverá ser citado para responder ao recurso, inexistindo qualquer ofensa ao texto constitucional.

Paralelamente ao princípio em questão, tem-se outro princípio constitucional a ser aplicado na discussão referente a essa mudança legislativa, qual seja, a garantia de acesso à justiça ou, nas palavras de Kazuo Watanabe, a “garantia de acesso à ordem jurídica justa”⁴⁸, a qual determina que o Estado realize a prestação jurisdicional da maneira mais célere, efetiva e justa.

“(…) o direito de ação e o direito de defesa constituem aspectos inerentes à garantia de acesso à justiça, o que significa que todos têm direito à via constitucional de solução de litígios, livres de qualquer óbice que possa comprometer a eficácia do resultado pretendido por aquele cujos interesses estejam amparados no plano substancial. Mas quem não obtém a tutela

⁴⁷ *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 54 e 55.

jurisdicional, porque não consegue demonstrar a existência de proteção jurídica ao interesse deduzido, também tem direito a esse instrumento, com todas as garantias a ele inerentes".⁴⁹

Assim, em se tratando de questões que não envolvam a necessidade de produção de provas, sendo idênticas a outras já decididas pelo magistrado, no sentido da improcedência do pedido, verifica-se a busca da celeridade, bem como da efetividade (decorrente da celeridade) e justa (idêntica para todos), quando o magistrado, de plano, sem citação do demandado, profere decisão idêntica de improcedência.

Destarte, verifica-se que o princípio constitucional do devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, servindo como garantia, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar a todos igualdade total de condições e plenitude de defesa.

2.3.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Decorre do denominado princípio do devido processo legal e encontra-se expressamente descrito no inciso LV do artigo 5^o⁵⁰, entendendo-se o primeiro como a garantia de se dar conhecimento a alguém da existência proposta contra si ou a todos, no tocante aos atos processuais, e o segundo referindo-se à

⁴⁸ Acesso a justiça e sociedade moderna. In: Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Participação e processo*, p. 128.

⁴⁹ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *op. cit.*, p. 74.

possibilidade dada às partes de reagirem processualmente às alegações desfavoráveis.

Nesse sentido vale lembrar que:

“por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*por conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se ou de dar-lhe a versão que convenha ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”.⁵¹

Ainda na esteira do questionamento do item anterior, observa-se que, na mesma ADI-3.695, se discute também a infringência do princípio do contraditório, uma vez que a extinção prematura do processo impede a participação efetiva das partes.

Todavia, aqui também não vejo qualquer óbice ou princípio constitucional lesionado, porque haverá o direito de interposição de recurso, em que, neste momento, será exercido o contraditório e a ampla defesa em toda sua plenitude, efetuando-se a citação do réu e completando-se a relação jurídica processual, podendo o demandado, a partir de então, acompanhar todos os atos processuais sem qualquer limitação. A ampla defesa é princípio constitucional sagrado, em que se tutela, por exemplo, a liberdade das pessoas.

⁵⁰ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵¹ Alexandre de MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 250.

Por outro lado, pergunta-se: a concessão de medidas liminares (cautelares ou não) ou de antecipação dos efeitos da tutela, sem a oitiva da parte contrária, afronta tais princípios?

Por ser óbvio, a resposta é negativa, porquanto, ainda aí, terá a parte que não foi ouvida o direito de expressar-se, interpondo recurso e garantindo, a partir de então, seu direito. Direito de expor tudo que ocorre, a ponto de, demonstrada a veracidade de suas alegações, na mesma medida que levou o juízo a deferir de pronto o pedido do autor, obter a reversão da situação, com o provimento do recurso e, quiçá, no mesmo juízo, dando-se por citado.

É que algumas situações reclamam urgência na decisão judicial, sendo que se um princípio constitucional não se harmonizar com outro, de valia alguma servirão.

Não se pode dizer que inexistiu violação a ampla defesa quando os pais, detidos em situação de flagrante delito, deixam abandonados filhos menores à própria sorte, acarretando a morte a um deles, suspendendo-se, dessa forma, liminarmente o poder familiar, para depois, ao final, retirá-los dos genitores.⁵² Ora, esperar-se-ia estabelecer o contraditório, para, depois, com a ampla defesa, resolver-se a questão? A ampla defesa fica, então, diferida.

A resposta é negativa. A ampla defesa fica, então, diferida.

Há situações em que a urgência da decisão imediata, sem o contraditório e a ampla defesa, se impõe para a salva-guarda, naquele momento, de um bem tutelado maior (p.ex.: a vida).

Mas, como já foi dito, haverá recurso contra a decisão monocrática, que poderá também, como citado, ser revista pelo próprio juízo, onde aqueles princípios que inicialmente, em tese, foram esquecidos, se harmonizam, não restando, portanto, qualquer prejuízo às partes.

Tanto no contraditório como na ampla defesa exige-se uma maior participação do magistrado, no sentido de fiscalizar a observância desses princípios.

Cândido Rangel Dinamarco assevera que,

“é o do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz. (...) Instaurado o processo, cresce hoje a tendência a reforçar os poderes do juiz e seus deveres de participação – mas ainda assim todo sistema processual é construído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para *participar pedindo, participar alegando e participar provando*. Oferecer-lhes *his day in court* é abrir-lhes portas para essa trílice participação. O juiz participa em contraditório, também, pelo *diálogo*. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria prejudgando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de

⁵² Artigo 1.638 do Código Civil: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: ...II – deixar o filho em abandono”.

imparcialidade”.⁵³

Outro ponto que se discute em relação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa diz respeito à utilização da denominada prova emprestada.

Cabe breve explicação sobre o alcance da definição de prova emprestada.

Esclarece Moacir Amaral Santos que

“a prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, pode ser trasladada para outro, por meio de certidão extraída daquele. A esta prova, assim transferida de um processo para outro, a doutrina e a jurisprudência dão o nome de prova emprestada”.⁵⁴

De todo, é impossível que se julgue com base, única e tão-somente, em prova emprestada. Esta, analisada no cotejo com as outras, poderá servir como um elemento a mais de convicção, mas jamais como elemento único para a decisão, inexistindo, dessa forma, qualquer violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2.3.3 Princípio da isonomia ou da igualdade

Introduzido tanto no *caput* como no inciso I, do artigo 5º⁵⁵, da Constituição

⁵³ *Instituições de direito processual civil*, p. 214-223.

⁵⁴ Moacir Amaral SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 367.

⁵⁵ *Caput* do artigo 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:

da República, bem como no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, objetiva a garantia de que todos são iguais perante a lei, na medida de suas desigualdades.⁵⁶

Este princípio é apresentado sob dois aspectos: o formal e o material. Para tanto,

“enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres”.⁵⁷

O juiz deve, assim, ao colocar-se entre as partes, ouvir ambas, possibilitando a cada uma sua exposição das razões e a apresentação de provas para demonstrarem a existência de seu direito, possibilitando-lhes também a reação aos atos que lhes sejam desfavoráveis.⁵⁸

É certo que, em alguns casos, existe a impressão de que este princípio é descumprido legalmente. Com efeito, o Código de Processo Civil, em seus artigos

“inciso I do artigo 5º - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

⁵⁶ Adverte Roque Antônio Mesquita de OLIVEIRA que “o Direito, que também é fruto da civilização, contém temas de difícil inteligência. Entre tantos, um dos que mais tem suscitado dificuldades para aplicação das normas e para a realização plena das finalidades da ciência do direito, é aquele relacionado com a idéia de *igualdade*. Igualdade de tratamento dos cidadãos pelo Estado; igualdade das partes contratantes; igualdade das partes no processo; igualdade social; igualdade entre os povos”. **Teoria da Imprevisão: uma visão pragmática – Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada na PUC-SP - 2006. p.34.**

⁵⁷ Paulo Henrique dos Santos LUCON, *Garantia do Tratamento Paritário das Partes, in Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 97.

⁵⁸ Fernando da Costa TOURINHO FILHO assevera que o princípio da igualdade advém do princípio do contraditório, afirmando que “no processo, as partes, embora figurem em pólos opostos, situam-se no mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades. É uma consequência do princípio do contraditório. E o legislador procurou manter esse equilíbrio diante do Juiz”. *Processo Penal*, p.41.

188 e 191⁵⁹, ao estabelecer prazos diferenciados para a Fazenda Pública e para o Ministério Público, cria certa disparidade entre aqueles não abrangidos por essa norma.

Inexiste afronta a esse princípio, uma vez que se levando em consideração as formalidades internas desses dois entes públicos, bem como a complexidade da matéria jurídica que normalmente os envolve, esse prazo distinto nada mais é do que uma maneira para amenizar o problema.⁶⁰

Dessa forma, o legislador criou prazo especial para essas situações, com a finalidade precípua de aprimorar as condições de participação desses entes, os quais defendem não somente interesses individuais, mas também coletivos e, principalmente, públicos, não havendo que se falar em privilégios mas tão-somente em prerrogativas.

⁵⁹ Art. 188 do CPC: “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

Art. 277 do CPC: “O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias, citando-se o réu com a antecedência mínima prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Se ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro”.

⁶⁰ EMENTA: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRAZO EM DOBRO – APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC (ART. 188) AO PROCEDIMENTO RECURSAL DISCIPLINADO PELA LEI Nº 8.038/90 – PREVIDÊNCIA SOCIAL – ADCT/88, ART. 58, PARÁGRAFO ÚNICO – IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA – INVOCAÇÃO, AINDA, DE MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. – A norma inscrita no art. 188 do CPC, por constituir *lex generalis*, aplica-se subsidiariamente ao procedimento do recurso extraordinário disciplinado pela Lei nº 8.038/90. O benefício da dilatação do prazo para recorrer somente não incidiria no procedimento recursal do apelo extremo, se a lei extravagante – a Lei nº 8.038/90, no caso, – contivesse preceito que expressamente afastasse a possibilidade de aplicação supletiva da legislação processual civil codificada. O benefício do prazo recursal em dobro, outorgado às pessoas estatais, por traduzir prerrogativa processual ditada pela necessidade objetiva de preservar o próprio interesse público, não ofende o postulado constitucional da igualdade entre as partes. Doutrina e Jurisprudência. – O art. 58 do ADCT/88, ao garantir a atualização dos benefícios previdenciários, não autorizou a aplicação retroativa do critério de revisão consagrado nesse preceito transitório. Essa norma constitucional transitória, de eficácia diferida no tempo, deslocou, para o sétimo mês contado da promulgação da Lei Fundamental, o início de atuação do novo critério revisional das prestações mensais dos

“El privilegio es la excepción de la ley común, excepción deducida de la situación de superioridad de las personas que la disfrutan y a título de un derecho superior a la ley; la prerrogativa es el conjunto de precauciones que rodean a la función y que sirven para el ejercicio de esta. El privilegio es subjetivo y anterior a la ley; la prerrogativa es objetiva y derivada de la ley. El privilegio tiene una esencia personal; la prerrogativa va aneja a la calidade de órgano. El privilegio es poder frente a la ley; la prerrogativa es conduto para que la ley se compla y llegue a todos. Por eso, pertenece el privilegio a las aristocracias de los órdenes sociales, mientras que la prerrogativa pertenece a la aristocracias de las instituciones gubernamentales, única aristocracia que admiten las democracias”.⁶¹

Também pode surgir discussão no que tange a concessão da antecipação da tutela ou de liminar, cautelar ou não, e a violação ao princípio da igualdade.⁶²

Ora, as tutelas de urgência existem para buscar maior efetividade ao processo, em razão da finalidade de alcance da justiça através da prestação jurisdicional célere e segura.

Assim, a concessão de qualquer medida processual provisória, sem a oitiva da parte contrária, não fere o princípio do tratamento igualitário das partes, porque o autor da ação, na maior parte das vezes, é prejudicado pela morosidade da prestação jurisdicional, podendo-se minimizar tal situação através de mecanismos processuais de urgência, desde que presentes os requisitos exigidos pela lei.

benefícios previdenciários” (grifo nosso) – STF – Rextr. 63691/SP – 1ª Turma – Relator Ministro Celso de Mello, DJ 15.09.1995.

⁶¹ Maurice HAURIOU. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. e notas de C.R.Del Castillo, p. 117.

⁶² Esclarece Araken de ASSIS que “a despeito de respeitáveis opiniões em contrário, a circunstância de a antecipação da tutela beneficiar somente o Autor nada ostenta de inconstitucional. Ao contrário, o instituto procura debelar uma situação de desigualdade, promovendo uma melhor distribuição do ônus temporal do processo entre as partes” –

2.3.4 Princípio do juiz natural e do promotor natural

Aludidos princípios estão descritos, respectivamente, nos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º, e inciso I, alínea “b” do parágrafo 5º, do artigo 128, ambos da Constituição da República de 1988⁶³, expressando o primeiro a idéia de vedação da existência dos denominados tribunais de exceção, garantindo o julgamento pela autoridade competente, e o segundo consagrando a idéia de proibição de designação discricionária de promotores de justiça pelo Procurador Geral de Justiça, devendo ser obedecidas as regras específicas de atribuições.⁶⁴

Princípio de grande valia, uma vez que garante a segurança das partes de conhecerem previamente a que órgão estarão submetidos seus interesses em caso de litígio.

Para Nelson Nery Júnior,

“quando a CF, no art. 5º, estabelece que ‘não haverá juízo ou tribunal de exceção’ (inciso XXXVII) e que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’ (inciso III), adotou o princípio do juiz e do promotor natural, denominado pelos alemães de princípio do juiz legal

Antecipação de tutela, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. p 14.

⁶³ “inciso XXXVII do artigo 5º – não haverá juízo ou tribunal de exceção”;

“inciso LIII do artigo 5º – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”;

“inciso I, alínea “b”, parágrafo 5º do artigo 128, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004 – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

⁶⁴ O princípio do juiz natural remonta sua origem à época da Carta Magna de 1215, limitando-se a discorrer sobre as regras de competência territorial. Nos Estados Unidos, proibiu-se a instituição de juízes extraordinários nas legislações *Petition of Rights* de 1627 e *Bill of Rights* de 1688, passando a princípio constitucional através da Emenda VI à Constituição Federal Norte-Americana de 1787. No Brasil, o *status* de princípio foi alcançado na Constituição Federal de 1946.

(*gesetzlicher Richter*), terminologia absorvida pelos portugueses. A proibição da existência e criação de tribunais de exceção é o complemento do princípio do juiz natural.”⁶⁵

Nos dizeres de Maria Elizabeth de Castro Lopes,

“juízo ou tribunal de exceção é o conhecido ou o indicado, por força de resolução do Poder Legislativo, com a finalidade de julgar um caso determinado, seja ele existente ou ainda por existir. A possibilidade de criação desse tipo de tribunal é vedada pela Constituição. Portanto, não há como ser processado sem que haja um juiz competente para decidir qualquer espécie de conflito de interesse, quer se trate de direito disponível ou de direito indisponível, sempre haverá de existir um magistrado investido no poder de julgar.”⁶⁶

Bem por isso, há proibição de juízos ou tribunais de exceção, o que não significa justiças especializadas ou mesmo modificações de competência determinadas por lei, pois estas são atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado, entre vários órgãos do Poder Judiciário.⁶⁷

Por outro lado, não se pode confundir juízo ou tribunal de exceção com prerrogativa de foro.⁶⁸

⁶⁵ *Op.cit.*, p. 58.

⁶⁶ *O Juiz e o Princípio Dispositivo*, p.43.

⁶⁷ Adverte José Frederico MARQUES que “também não violam o princípio do juiz natural as modificações de competência, imediatamente aplicadas, contidas em lei regularmente promulgadas, visto que naquele princípio não se encerra nenhuma regra de direito intertemporal. Também as substituições previstas em lei, os desaforamentos, a prorrogação de competência, não entram em colisão com a aludida garantia, desde que se realizem dentro do que estritamente consta da norma legal”. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 153.

⁶⁸ Na opinião de Fernando CAPEZ, “o foro por prerrogativa visa preservar o agente político, no exercício de sua função, e garantir o princípio da hierarquia, não podendo ser tratado como se fosse um simples privilégio estabelecido em razão da pessoa, não havendo por esse motivo que se falar em ofensa ao princípio da isonomia, já que não se estabelece a preferência em razão da pessoa, mas da função. *Curso de Processo Penal*. p.190.

De fato, prerrogativa de foro ocorre em casos excepcionais diante das peculiaridades da matéria e das pessoas envolvidas⁶⁹, sem qualquer violação ao princípio do juiz e do promotor natural, diante da preservação da independência e da imparcialidade do magistrado e do promotor e, também não fere o princípio da isonomia diante das particularidades existentes.

2.3.5 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação

Delineado no inciso XXXV⁷⁰, do artigo 5º, da Constituição da República, garante a todas as pessoas o acesso à justiça para pleitearem eventual direito a que entendam fazer jus, contemplando direitos individuais e coletivos.

Preleciona José Roberto dos Santos Bedaque que

“o direito constitucional de ação assume o importante papel no sistema, de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Garantia substancial não só ao mecanismo constitucionalmente assegurado, mas também a eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado desta atividade estatal. Somente com essa configuração o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não será mais uma daquelas figuras de retórica, meramente formais e vazias de conteúdo”.⁷¹

O mencionado princípio não se confunde com outro inserido no inciso XXXIV, do artigo 5º, da Constituição da República, qual seja, o denominado direito

⁶⁹ P.ex.: competência *ratione personae* no STF (art. 102, I, “b” e “c” da C.F.); STJ (art. 105, I, “a” da C.F.); artigo 100, I e II do Código de Processo Civil, entre outros.

de petição. Com efeito, o direito à ação depende de intervenção jurisdicional para o alcance do direito perquirido. O direito de petição é dirigido diretamente aos órgãos públicos, ou seja, administrativamente, em forma de representação, queixa, denúncia, petição, sem qualquer formalidade legal.

Ademais, no direito à ação, diferentemente do que ocorre no direito de petição, exige-se o cumprimento de regras processuais inerentes a esse direito para a segurança da prestação jurisdicional, quais sejam, os elementos e as condições da ação.

A doutrina dominante enumera os elementos da ação da seguinte forma: partes, pedido e causa de pedir, chamando-os de tríplice identidade, objetivando, precipuamente, evitar a repetição da ação (litispendência).

As partes são os sujeitos da demanda que é levada à apreciação do Estado-Juiz, ou seja, “os litigantes, as partes em contenda, as pessoas que levaram a controvérsia diante do juiz”.⁷² A parte ativa, denominada autor, refere-se àquela que reclama a tutela jurisdicional, enquanto a parte passiva, denominada réu, é aquela contra quem se está reclamando essa tutela.

⁷⁰ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

⁷¹ *Tutela cautelar*, p. 75.

⁷² Enrico Tullio LIEBAMN, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 89.

O pedido retrata o objeto da ação e do processo, isto é, o requerimento do autor. Traduz o reclamo deduzido pela parte ativa em Juízo consistente na providência judicial pretendida na defesa de seu interesse em face do réu.

Cândido Rangel Dinamarco assevera que

“o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e satisfação o demandante quer. A utilidade do processo reside precisamente nisso, na capacidade de absorver pedidos e dar-lhes afinal a solução prática conveniente segundo o direito. Prover o pedido é dar a tutela jurisdicional ao autor; desprovê-lo, ao réu”.⁷³

Para José Frederico Marques,

“o pedido é a formulação do bem jurídico que o autor procura obter com a ação, isto é, com a prestação jurisdicional pleiteada. O bem jurídico que constitui objeto do pedido é a tutela jurisdicional, pelo que o conteúdo desta, quando prestada, deverá ser idêntica ao pedido, se a ação for julgada procedente”. (...) “Todavia, esse é o objeto imediato, pois que o objeto mediato será aquele a ser atingido com a prestação, a declaração ou com a formação de nova situação jurídica”.⁷⁴

Assim, observa-se que o pedido deve ser certo ou determinado, a fim de que possa ser prestada a tutela jurisdicional de maneira precisa.

Por outro lado, a causa de pedir expressa os motivos originadores da providência jurisdicional invocada, ou seja, o fundamento jurídico do pedido não

⁷³ Instituições de Direito Processual Civil, vol.II, p 184.

⁷⁴ José Frederico MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 46-47.

pode ser considerado apenas como a indicação da norma legal na qual está consubstanciado o pedido do autor.

Arruda Alvim esclarece que

“a *causa petendi* é complexa, no sentido de abranger todos os fatos jurídicos e respectivos fundamentos. Por fatos jurídicos entendemos os de que dimanam conseqüências jurídicas. Distinguem-se eles como categoria mental, dos chamados fatos simples, os quais, *de per si*, são insuficientes para gerar conseqüências jurídicas. Levam estes, apenas, ao conhecimento pleno dos fatos jurídicos (qualificados aqueles como tais) os quais não poderão, de forma alguma, ser mudados durante a demanda (salvo modificação do libelo - art. 264, *caput*, se admitida), o que já não ocorre com os simples”.⁷⁵

Com relação às condições da ação, a doutrina liga esses requisitos à viabilidade da ação, sendo divididas em: legitimidade para a causa (*legitimatio ad causam*), interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

A *legitimatio ad causam* ativa ou passiva consiste na análise de quem pode ingressar com ação e quem deverá figurar como réu nessa ação, relacionando-se, dessa forma, com as partes do processo.

O interesse de agir ou legítimo interesse, para Donaldo Armelin,

“é uma condição vinculada estreitamente ao princípio da economia processual e resulta da utilidade e ou necessidade da atuação da jurisdição e da adequação da via processual escolhida aos fins objetivados pelo processo emergente da ação proposta. Assim, uma ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel, quando não é precedida da interpelação prevista no Decreto-Lei nº 745/69, deverá propiciar uma sentença que reconheça a sua carência, pois não adimple uma das condições para ensejar um pronunciamento sobre o pedido nela formulado.”(...) “Mas não basta apenas a

existência de necessidade ou utilidade. Mister se faz a adequação da via processual escolhida para assegurar '*quantum satis*' a efetividade do processo. Na medida em que o procedimento ou o tipo de processo não se afeiçoam ao pedido formulado com base em determinada '*causa petendi*', exsurge uma hipótese de carência de ação, porque é manifesta no caso a contrariedade ao princípio de economia processual".⁷⁶

Por fim, a terceira condição da ação, classicamente enumerada pela doutrina e constante do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, traduz-se na possibilidade jurídica do pedido.

Consiste a possibilidade jurídica do pedido na previsão em abstrato, dentro do ordenamento jurídico, de um provimento judicial capaz de atender ao reclamo do demandante. Assim, o pedido, em tese, deve ser apto a ser atendido.

Ressalte-se que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, além de consagrar o direito à ação, permite amplo acesso à justiça, tentando afastar óbices, tais como a duração do processo, o seu custo, a capacidade postulatória das partes, a técnica processual e a própria estrutura do Poder Judiciário.

A problemática do custo excessivo do processo não é exclusiva da justiça no Brasil, sendo observada na maior parte das sociedades contemporâneas⁷⁷,

⁷⁵ José Manoel de ARRUDA ALVIM NETTO. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 416.

⁷⁶ Donaldo ARMELIN, *op. cit.*, p.45

⁷⁷ Mauro CAPPELLETTI. *Acesso à Justiça*, p. 15.

porém, em nosso país, diante da acentuada desigualdade social, ela é mais patente.

Além dos custos iniciais e corriqueiros (honorários advocatícios, custas e despesas processuais), há processos que, pela matéria discutida, dependem um valor maior para, por exemplo, permitirem a realização de uma prova pericial.

É de se ressaltar que, nas ações de investigação de paternidade, em que é imprescindível a realização de prova pericial consubstanciada no exame de DNA, o custo do processo é por demais excessivo. De fato, ou as partes aguardam um prazo de, aproximadamente, um ano para a realização do mencionado exame pelo Poder Público ou, efetuando o pagamento do exame, que é deveras custoso, o fazem em clínicas particulares.

Nos processos em que se discutem as relações de consumo normalmente é deferida a inversão do ônus da prova, não somente em razão da facilidade do fornecedor em produzir a prova pretendida, mas também em decorrência do custo dessa prova, muitas vezes pericial.

O prejuízo é patente, uma vez que as pessoas lesadas em seus direitos deixam de buscar a solução no Poder Judiciário, em virtude do custo do processo.⁷⁸

⁷⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, p. 26.

Outro problema a ser enfrentado na questão, envolvendo o acesso à justiça, é a duração do processo. A morosidade na prestação jurisdicional acarreta prejuízos não só para os jurisdicionados, mas também para toda a sociedade.

Ressalta Luiz Guilherme Marioni que

“o estreitamento do canal de acesso à justiça, além de produzir o indesejável descrédito do povo nas instituições jurídicas, produz o agravamento da litigiosidade latente, ponto que tem preocupado, de forma muito significativa, pelas profundas repercussões de ordem social que pode acarretar. A expansão da autotutela privada, com o recrudescimento da violência e o surgimento dos chamados ‘justiceiros’, que fazem a ‘justiça’, que refletem o empobrecimento do espírito solidarista da população, são expressões magnas desse problema”.⁷⁹

No Estado de São Paulo, o acesso aos serviços prestados pelo Poder Judiciário é viabilizado através de inúmeros órgãos, entre os quais destacamos a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, os centros acadêmicos de algumas faculdades de direito e a manutenção de alguns escritórios experimentais nas próprias faculdades, os quais mantêm a prestação de serviços jurídicos aos necessitados, bem como setor próprio da Ordem dos Advogados do Brasil.

Com relação a esse tema, qual seja, a duração razoável do processo, haverá tópico a parte.

2.3.6 Princípio da publicidade dos atos processuais

Inserido no artigo 5º, inciso LX, e no artigo 93, inciso IX,⁸⁰ da Constituição da República, garante a todo o jurisdicionado a publicidade dos atos processuais praticados pelo Juiz, fiscalizando-os inclusive, respeitando as vedações constitucionais no tocante à defesa da intimidade das pessoas.

Observa-se que a aplicação desse princípio não está condicionada ou limitada tão-somente à publicação nos órgãos de imprensa oficial da decisão judicial.

Seu aproveitamento também pode ser sentido quando a própria parte se interessa em verificar pessoalmente os atos processuais, dirigindo-se até a serventia judicial para tanto, não podendo, dessa forma, ser negada a vista dos autos, nem mesmo nos casos de decretação do denominado segredo de justiça.

É certo que a parte, caso não possua capacidade postulatória, não poderá fazer "carga dos autos", ou seja, retirá-los do Cartório, mas poderá manejar o processo na própria Serventia e verificar o seu trâmite.⁸¹

⁷⁹ *Novas linhas do Processo Civil*, p. 70.

⁶⁷ Inciso IX, do artigo 93, com a nova redação dada pela EC 45/04 – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁸¹ Ementa: “Processual Civil. Princípio da publicidade dos atos processuais. Possibilidade de o preposto da parte autora ter vista dos autos em Cartório. De acordo com o princípio da publicidade dos atos processuais, é permitida a vista dos autos do processo em cartório por qualquer pessoa, desde que não tramite em segredo de justiça. Hipótese em que o preposto do auto se dirigiu pessoalmente ao cartório para verificar se havia sido deferido o pedido liminar formulado. O Juiz indeferiu o pedido de vista dos autos do processo em cartório, restringindo o exame apenas aos advogados e estagiários regularmente inscritos na OAB. Recurso especial conhecido e provido”. STJ – REsp. 660284/SP – Rel. Ministra Nancy Andrighi – DJ 19.12.2005. p. 400.

No tocante aos advogados, constata-se que os incisos XIII e XIV⁸² da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, estabelecem condutas de atuação no que tange ao exame de processos findos ou em andamento; mais uma vez a matéria merece comentário no sentido da diferença entre examinar os autos em cartório (podendo inclusive solicitar a extração de cópias) e retirá-los de Cartório, mediante “carga” em livro próprio. Somente os advogados que detêm poderes constituídos pelas partes poderão retirar fisicamente os processos, em andamento, do Cartório.

Ressalta-se que o artigo 155 do Código de Processo Civil regulamenta esse princípio, ao elencar as hipóteses em que os atos processuais correrão em segredo de justiça, quais sejam: quando exigir o interesse público e quando houver discussão sobre casamento, filiação, separação, conversão em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Roberto José Ferreira de Almada esclarece que

“a generalização da restrição da publicidade nas lides de direito de família (tutela reservada à intimidade) encontra guarida no fato de que a norma da dignidade humana é regra, além de princípio (art. 1º, III, da CF). Sendo um dos fundamentos da República, quando tratada a dignidade humana como

⁸² Artigo 7º: São direitos do Advogado:

Inciso XIII – examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos.

Inciso XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

princípio, ela não e antepõe aos demais, confirmando a inexistência de precedência absoluta entre eles; diferentemente, sendo tratada como regra, tal como ocorre na hipótese contemplada no inciso II do art. 155 do CPC, há de prevalecer genericamente sobre os demais enunciados deontológicos do sistema, dado o seu alto nível de especificidade e precisão. É aceitável, portanto, o tratamento de regra dispensado pelo ordenamento à preservação da intimidade em casos de direito de família, assumindo as características típicas dessa modalidade normativa: baixa generalidade, predeterminação do seu estado de aplicação e feição absoluta. O mesmo não se passa com a remissão genérica ao interesse público, ou social, prevista tanto no texto constitucional (arts. 5º, LX e 93, IX) quanto na legislação infraconstitucional (art. 155, I, CPC). Para essas hipóteses, cujo contorno concreto só a vida cotidiana pode revelar, é então necessário que se utilize da máxima da proporcionalidade para que, eventualmente, se possa aplicar a recomendação aberta e genérica da tutela do interesse coletivo, restringindo a publicidade”.⁸³

Assim, observa-se que na primeira hipótese (interesse público) ficará a critério do livre-arbítrio do magistrado determinar ou não o segredo de justiça, analisando a repercussão do caso concreto na sociedade, não sendo a publicidade uma garantia absoluta do processo.

2.3.7 Princípio da motivação das decisões judiciais

Descrito expressamente no inciso IX, do artigo 93, da Constituição da República, já transcrito, garante às partes o conhecimento dos motivos e das razões de fato e de direito que influenciaram no livre convencimento do juiz, sob pena de nulidade, trazendo, dessa forma, segurança para as partes.⁸⁴

⁸³ *A Garantia Processual da Publicidade*, p. 100.

⁸⁴ Nelson NERY JÚNIOR explica que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem

O juiz não pode eximir-se em apresentar as razões de seu convencimento, sendo inconcebível a decisão em pedido de medida liminar que a concede ou a denega, simplesmente estabelecendo que “presentes os requisitos legais, defiro a liminar” ou “ausentes os requisitos legais, nego a liminar”.

O livre convencimento do juiz está atrelado à análise minuciosa dos fatos e das provas apresentadas, sendo que o

“julgador pode, ao julgar a lide, aplicar a norma de direito que melhor equacione o conflito de interesses apresentado, mesmo que não invocada pelas partes, assim como pode, a bem de embasar sua decisão, utilizar-se de argumentação jurídica diversa da que foi trazida aos autos pelos litigantes”.⁸⁵

implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação”. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. p. 156.

⁸⁵ Ricardo ARONNE. *O princípio do livre convencimento do juiz*. p. 50.

Assim, a motivação das decisões judiciais, além de garantir segurança jurídica às partes, possibilita ao magistrado a exposição de seu raciocínio diante do ordenamento jurídico vigente.

2.3.8 Princípio da proibição de produção de prova ilícita

O inciso LVI⁸⁶, do artigo 5º, da Constituição da República, veda as provas produzidas com violação às normas de direito, compreendendo as provas ilegais e as provas ilícitas.

A primeira espécie refere-se à prova que desrespeita a norma de direito processual na sua produção e, a segunda espécie, viola norma ou princípio de direito material, mormente, de caráter constitucional.

Assim, a distinção entre ambas reside no tipo de norma violada, ou seja, ou de direito material ou de direito processual.

A respeito do tema, Pietro Nuvolone⁸⁷ esclarece que a prova é vedada ou ilegal sempre que contrariar uma norma legal específica ou um princípio de direito positivo, sendo a prova ilícita e a ilegítima como subespécies.

⁸⁶ “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁸⁷ “Um divieto há natura esclusivamente processuale, quando é posto in funzione di interessi attinenti unicamente all’ordine e alla finalità del processo; un divieto há natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l’ordinamento riconosce ai singoli, indipendentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un’illecità; ma mentre, nel primo caso, sarà un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito” – *Lê prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino* – Riv. Dir.Proc., XXI, p. 470.

A par disso, existe a denominada prova ilícita por derivação, oriunda da teoria dos “frutos da árvore envenenada”; é aquela prova que em si mesma é considerada lícita, porém é originada em prova obtida de maneira ilícita. Como exemplos clássicos, temos a confissão extorquida mediante tortura ou a interceptação telefônica clandestina em que se descobre um crime.

Dessa forma, constituem provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (artigo 5º, XI, da Constituição da República⁸⁸), as colhidas com infringência à intimidade (artigo 5º, X, da Lei Maior⁸⁹), as conseguidas mediante tortura, hipnose ou qualquer outro controle psíquico ou físico (artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹⁰).

Contudo, cumpre consignar que, como possibilidade de se admitir a utilização das provas ilícitas, cada vez mais é aplicada a teoria da proporcionalidade, afastando-se o uso restritivo do disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, principalmente quando a violação desta garantia (inadmissibilidade de produção de prova ilícita) é realizada para se proteger garantia de maior valor (p.ex., vida) ou para beneficiar o acusado.⁹¹

⁸⁸ “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

⁸⁹ “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁹⁰ “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

⁹¹ Antonio Scarance FERNANDES admite a aplicação do “princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova for obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor daquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova”. *Op. cit.*, p. 34. Também possui o mesmo entendimento o Prof. Nelson Nery Júnior, para quem “a ilicitude da

2.3.9 Princípio da duração razoável do processo

A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu no artigo 5º, da Constituição da República, o inciso LXXVIII que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Todavia, por força do § 2º, do artigo 5º, da Constituição da República, este princípio já se encontrava expressamente ordenado. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – Pacto de São José – desde 24 de abril de 1992, dispõe sobre o direito à duração razoável do processo.

É dever do Estado prestar a atividade jurisdicional em tempo razoável. Porém, a expressão “duração razoável do processo” tem conceito vago e mais uma vez deve imperar o bom senso quando de sua interpretação.

Assim, caberá aos magistrados, no exercício da função jurisdicional, interpretar a extensão da expressão supramencionada.⁹²

prova seria afastada quando houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita (...) como não pode haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos, sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma”. *Op. cit.*, p. 161 e 163.

⁹² EMENTA: *Habeas corpus*. 1. No caso concreto, os pacientes (cidadãos suíços) foram presos em flagrante por suposta violação aos arts. 299 (falsidade ideológica) e 334, § 3º (descaminho) do Código Penal. O juízo originário manteve as prisões cautelares, consignando que os acusados, por serem estrangeiros, não possuíam vínculo permanente com o distrito da culpa. 2. Nesta impetração, impugna-se decisão monocrática de Relator do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu a medida liminar pleiteada. No STJ, a defesa se insurgia contra decisão indeferitória de medida liminar proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 3. Alegações da defesa: a) atipicidade dos fatos narrados no auto de prisão em flagrante; e b) a condição de estrangeiro não

Entendo, que quando não há diligências inúteis, o demais deve ser sopesado para se saber se a duração do processo encontra-se dentro do que seria razoável. Interpreta-se em conjunto a complexidade da causa, o número de integrantes no pólo ativo e no pólo passivo, a atuação destas pessoas e das autoridades judiciais, etc.

Dessa forma, levando-se em consideração todos esses aspectos, observa-se que, muitas vezes, o processo já se encontra em trâmite há algum tempo, mas justificada essa duração.

2.3.10 Princípio da legalidade

A Constituição da República de 1988 impõe que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade, conforme se extrai do exposto no *caput* do artigo 37.

seria óbice legal à concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança. 4. Ofício encaminhado pelo Consulado-Geral da Suíça noticia que os documentos suíços de viagem encontram-se retidos pelas autoridades de investigação brasileira, impossibilitando que os pacientes saiam do país. Superação da Súmula nº 691/STF e concessão de medida liminar pelo então Ministro-Presidente (Min. Nelson Jobim) por entender não estarem presentes, no decreto de custódia provisória, os fundamentos da decretação da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do CPP. 5. Em consulta à página oficial do STJ, verifica-se que o mérito do HC nº 51.766/SP foi julgado pela Quinta Turma, que considerou prejudicado o writ, por perda de objeto, tendo em vista o deferimento da medida liminar pelo STF. 6. Apesar de não considerar esgotada a prestação jurisdicional por parte do STJ, o que justificaria a determinação do retorno dos autos àquele Tribunal para o devido julgamento do mérito do HC nº 51.776/SP, considero a necessidade de se **assegurar a razoável duração do processo no âmbito judicial** e os efeitos prejudiciais que poderão ser causados ao paciente na esfera penal, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da CF. 7. Ademais, os documentos acostados aos autos permitem uma cognição suficiente da matéria. Ausentes os fundamentos legais do art. 312 do CPP, o pedido dos pacientes de responderem ao processo em liberdade comporta deferimento. 8. Mantidos os fundamentos da medida liminar, e, ainda, em consonância com a jurisprudência deste STF (HC nº 86.213/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJ 7.4.2006), ordem deferida para que os pacientes aguardem em liberdade o desfecho do *Habeas Corpus* nº 2005.03.00.096737-0, em trâmite perante o TRF da 3ª Região". STF – 2ª Turma – HC 87736/SP – Relator Ministro Gilmar Mendes – DJU 10-08-2007, p. 63 – grifo nosso.

Assim, sujeita-se a Administração às normas legais. Aludido princípio é de suma importância, pois existe apenas no Estado Democrático de Direito, à medida que a Administração, ou seja, o Estado, se submete à vontade da lei.⁹³

Celso Antônio Bandeira de Melo assevera que:

“no Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, no sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput* e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição auto-crítica, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante –, viola, de modo sistemático, direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes. Nos termos do artigo 5º, II, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei’. Aí não se diz em virtude de decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja”.⁹⁴

⁹³ “Ementa: 1. Por óbice da Súmula 282/STF não pode ser conhecido recurso especial sobre ponto que não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal ‘a quo’. 2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado”, não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do **princípio da legalidade**. 5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvido” – STJ – 2ª Turma – REsp. 708170/MG – Rel. Ministra Eliana Calmon – DJ 19.12.2005, p. 355 – grifo nosso.

⁹⁴ *Ob.cit.*,p.99.

No mesmo sentido, Odete MEDAUAR afirma que “o sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento”. *Ob.cit.*,p.125.

Bem de ver que a Administração só pode fazer o que a lei permite, ao contrário do particular que tudo pode, desde que a lei não o proíba.

Apenas circunstâncias especialíssimas é que autorizam o Presidente da República a editar medidas provisórias, decretar o estado de sítio (artigo 62 e parágrafos e artigos 137 e 139, respectivamente) e, ainda, decretar o “estado de defesa” (artigo 136 da Constituição da República).

Assim, deverá prevalecer sempre o princípio da legalidade, íntegro e consagrado, impondo à Administração submissão às leis, verdadeira situação que representa um Estado Democrático de Direito.

2.3.11 Princípio da moralidade

A Constituição da República consagrou o princípio da moralidade administrativa para enquadrar o administrador público no cumprimento da norma legal, respeitando os princípios da ética, da justiça, e da moral, sob pena de ser declarado ímprobo e, de acordo com o artigo 37, parágrafo 4º,⁹⁵ da Constituição da República, sofrer a suspensão dos seus direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, diante de ingresso da competente ação civil pública ou da ação popular.

⁹⁵ “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Dessa forma, pode o cidadão questionar os administradores da coisa pública a fim de garantir a efetividade dos princípios incidentes sobre a administração brasileira, os quais, por vezes, somente alcançam eficácia jurídica e não social.⁹⁶

Ora,

“se é direito da coletividade ter um governo decente e sem mazelas, e se cada cidadão pode fazer valer em juízo esse direito, porque é também de seu interesse que a coisa pública não seja malbaratada pela cupidez ou improbidade administrativa, cabe a qualquer do povo a faculdade de invocar o Judiciário para que restaure o império da lei e da dignidade das funções públicas, sempre que algum *improbis* administrador venha a lesar o erário ou patrimônio público com atos indevidos”.⁹⁷

E mais: “Tem a coletividade o direito a uma administração honesta, pelo que a ação popular leva a juízo, para julgamento, uma pretensão de moralidade administrativa.”⁹⁸ (grifo nosso).

Tem, cada cidadão, assim, o direito a uma administração honesta, moral, impessoal, eficiente, e que trilhe o caminho da legalidade.

⁹⁶ “Ementa: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – Administrativo – Violação de Princípios Administrativos. Contrato celebrado entre Município e empresa particular, no qual o prefeito municipal consta como sócio. Merece subsistir o entendimento da Corte de origem, no sentido de que o contrato entre a Prefeitura Municipal e a empresa da qual o prefeito é sócio está eivado de ilegalidade, em virtude da necessidade de prévia licitação, seja em decorrência da inequívoca afronta aos princípios administrativos que sempre devem nortear o administrador público, notadamente a moralidade e a impessoalidade administrativa. Não prospera o argumento no sentido de proibição ao enriquecimento ilícito, uma vez que não deve ser invocado por aquele que firmou contrato com a Administração Pública, em nítida afronta ao **princípio da moralidade** e constata má-fé. No mesmo sentido, confira-se: REsp. 579.541, Rel.Min. José Delgado, DJ 19/4/2004. O Tribunal ‘*a quo*’ decidiu o feito com entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental improvido”. STJ – 2ª Turma – AgRg. no Ag. 597529/PR – Rel. Ministro Franciulli Netto – DJU 21.09.2006, p. 249 – grifo nosso.

⁹⁷ José Frederico MARQUES, *As Ações Populares no Direito Brasileiro*, RDA 52/4344 – português da época.

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 48.

Ilustrativa é a lembrança de Geraldo Ataliba, baseando-se em estudo de Ruy Cirne Lima, sob o nome “relação de administração”:

“Diz ele que em todas as situações jurídicas duas posições podem ser ocupadas por uma pessoa: ou a posição de senhor (dono, aquele que dispõe da coisa, usa-a e dela faz o que quiser), ou a posição de administrador, que é a posição de terceiro, quem cuida de uma coisa, desenvolve-a, preserva-a, mas não é dono. Ao geri-la, ao administrá-la, há de obedecer à vontade do dono, conduzindo esta coisa à finalidade que o dono determinou. O administrador é, então, aquela pessoa que, tendo a aparência de dominar, exercendo alguns atos de domínio sobre a coisa, entretanto dela não é dono e dela não pode dispor. Este o esquema que Cirne Lima apresenta, como explicativo do Direito Administrativo. E explicativo é, em todas as instituições republicanas, do próprio Direito Constitucional Republicano, que vivemos, porque de acordo com a concepção dominante, república é um regime jurídico no qual a coisa pública pertence ao povo, a todos nós, sendo a aparelhagem, os órgãos do governo, meros instrumentos de administração da coisa pública. Os eventuais e transitórios exercentes de função pública não são os donos da coisa pública: dono é o povo. Os exercentes de funções públicas simplesmente administram a coisa pública de acordo com a vontade do dono, traduzida, estampada solenemente na lei, que é a mais alta manifestação da vontade do povo, por seu órgão, por sua criatura, o Estado”.⁹⁹

Esse pressuposto metodológico, decorrente dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro é determinante na interpretação constitucional e na aplicação da norma.

A par disso, a moralidade administrativa desempenha papel vital quando da aferição de eventual excesso ou abuso na prática dos atos administrativos discricionários, funcionando até mesmo como um limite a essa discricionariedade, eis que Direito e Moral atuam conjuntamente.

⁹⁹ RDP 76/111.

2.3.12 Princípio da razoabilidade

Com base na razoabilidade, faz-se uma interpretação atual da norma jurídica, considerada isoladamente, e do Direito, como um sistema. Consiste, portanto, em um limite para a redução da normatividade jurídica que acarreta o reconhecimento ou não da relevância de fatos praticados, com fundamento em uma visão ético-jurídica.¹⁰⁰

O princípio da razoabilidade é conceituado por Luiz Roberto Barroso como “um basilar de valoração dos atos do Poder Público, para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a dado ordenamento jurídico: a Justiça”.¹⁰¹

A razoabilidade aplicada antes da construção da norma é a chamada razoabilidade interna, analisando-se a relação de proporção entre os motivos, os meios e os fins de criação e aplicação da norma. Após esta análise interna, faz-se a verificação de razoabilidade externa, observa-se a compatibilidade da norma com o ordenamento jurídico constitucional.

A razoabilidade está implicitamente elencada no princípio do devido processo legal, inserido na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso

¹⁰⁰ Mauricio Antonio Ribeiro LOPES, *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, p. 58.

¹⁰¹ *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 224.

LIV, porém, expressamente, consta em legislação infraconstitucional, como, por exemplo, no artigo 2º, da Lei nº 9.784/99.¹⁰²

O princípio da razoabilidade é, pois, um princípio com função negativa, que tem como objetivo verificar se certo ato ultrapassou os limites legais estabelecidos, ou seja, se o ato é razoável. A razoabilidade verifica-se no exame do meio e do fim perquirido, devendo ser compatíveis, “objetivando impedir que o poder estatal cometa excessos contra o direito fundamental”.¹⁰³

Para Fábio Calcini,

“o princípio da razoabilidade é, atualmente, de grande importância no controle dos atos do poder público, pois possibilita a inserção do Poder Judiciário em apreciações que não se vinculam a aspectos meramente formais. Em sentido contrário, o princípio da razoabilidade estende o controle jurisdicional à análise de questões do conteúdo axiológico”.¹⁰⁴

Desta forma, observa-se que o princípio da razoabilidade atua como um limitador à discricionariedade da administração pública¹⁰⁵, uma vez que o administrador deve ater-se, diante de um caso concreto, aos conceitos da razoabilidade sob pena de tornar-se nula tal conduta.

¹⁰² Art. 2º da Lei nº 9.784/99 - “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

¹⁰³ Francisco Fernandes ARAÚJO, *Princípio da Proporcionalidade: Significado e Aplicação Prática*, p. 55.

¹⁰⁴ *Princípio da Razoabilidade*, p. 141.

¹⁰⁵ “Ementa: A medida de busca e apreensão atende, no presente caso, aos requisitos legais que disciplinam sua realização (art. 240 e seguintes do CPP). Contudo, não há que se reconhecer que a medida excede prazo de duração recomendável, pois realizada há mais de 7 (sete) anos, sendo que não foi deflagrada, até o presente momento, ação penal referente aos fatos em apuração. O princípio da razoabilidade, vetor constitucional, embora implícito no texto magno, recomenda que situações como a presente não sejam chanceladas pelo Poder Judiciário, pois se mostram

2.3.13 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é considerado um princípio implícito, que não está expressamente previsto na Constituição Federal, sendo uma consequência do Estado de Direito e, portanto, é o limite da atuação estatal no que tange ao exercício do poder de restringir direitos, principalmente, direitos e garantias fundamentais.¹⁰⁶

Os doutrinadores se dividem ao analisarem a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade. Enquanto para alguns¹⁰⁷ o princípio da proporcionalidade está diretamente ligado ao Estado de Direito, porém independente de outros princípios, para outros¹⁰⁸ ele é o próprio princípio da razoabilidade.

Não obstante essa divergência, filiamo-nos à teoria que entende a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade como um Estado de Direito, visto que aludido princípio estabelece uma ponderação, um equilíbrio entre os bens jurídicos envolvidos na relação jurídica, verificando-se a gravidade da lesão ao bem protegido, relacionando-a com eventual restrição.

Para Willis Santiago Guerra Filho,

desarrazoadas e divergentes do Estado de Direito. Recurso ordinário provido". STJ – Recurso em Mandado de Segurança 21.453/DF – Rel. Ministro Felix Fischer – julgamento 19 de abril de 2007.

¹⁰⁶ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Fundamentos da Constituição*, p. 84.

¹⁰⁷ Entre eles, Nelson Nery Júnior, Suzana Toledo Barros, Alexandre Santos Araújo e Willis Santiago Guerra Filho.

¹⁰⁸ Entre eles, Celso Antônio Bandeira de Mello.

“o princípio aparece relacionado àquele que se pode considerar o problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente, o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma eqüitativamente vantajosa para todas as partes. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (princípio da proporcionalidade), o que também não poder ir além de certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim”.¹⁰⁹

O princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, pois expressam construções jurídicas diversas.¹¹⁰

O princípio da proporcionalidade exige primeiro que o meio de restrição seja adequado e necessário para atingir o seu objetivo, devendo a lesão do bem jurídico tutelado ser proporcional ao direito atingido pela sanção. Ultrapassa a razoabilidade, porque

“atua como instrumento de eficácia positiva, pois além de evitar o cometimento de tais excessos, ainda permite (exige) a utilização de mecanismos para equacionar as medidas corretas na solução dos casos concretos, o que ‘materializa’ pelo manejo de seus elementos ou subprincípios de adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (meios-termos e justa-medida)”.¹¹¹

¹⁰⁹ *Dos Direitos Humanos Fundamentais*, p. 28.

¹¹⁰ Luís Virgílio Afonso da SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 30.

¹¹¹ Francisco Fernandes ARAÚJO, *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*, p.55.

Não obstante essas diferenças mínimas, observa-se que o princípio da proporcionalidade, assim como o princípio da razoabilidade, atua como um limitador à discricionariedade da administração pública, possuindo, assim, idêntico fim colimado.

2.3.14 Princípio da supremacia do interesse público

O objetivo e a própria razão da existência do Estado Social e Democrático de Direito é o cumprimento da realização do interesse público, de tal forma que venha a prover e a gerir as necessidades fundamentais dos membros que compõem a sociedade, por não poder ela realizá-las por si mesma e de maneira satisfatória, com igualdade entre todos os seus membros.

Porém, a própria definição de interesse público é discutível dentro da abordagem realizada por diversos autores, entre eles, a saber:

Dalmo de Abreu Dallari aduz que

“muitos dizem que o interesse público é uma noção vaga, imprecisa e, inclusive, mutável. É uma noção que varia segundo circunstâncias de tempo e lugar; para tanto há dois critérios, em primeiro considera como tal aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, e em segundo, uma escala prévia de valores ou uma síntese previamente estabelecida”.¹¹²

A par disso, Ernest S. Griffith afirma que

¹¹² *Interesse Público na Construção das Entidades da Administração Descentralizada*, Cadernos Fundap 16:22.

“o homem exige sentido, mais do que realidade; significação do mesmo modo que conseqüência (...). O conceito de interesse público nos leva iniludivelmente a investigar os critérios acerca do bem-estar geral e este último postula valores”.¹¹³

Por outro lado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que

“o interesse público não deve ser entendido como um somatório de interesses individuais dos membros de uma sociedade. Os interesses individuais e os dos grupos devem ser satisfeitos, respectivamente, pelos indivíduos e pelos próprios grupos; transferi-los ao Estado se tem revelado, sempre e quando ocorreu, um erro histórico, criando, de um lado, uma entidade paternalista e demasiado poderosa e, de outro, uma sociedade dependente, desestimulada, acomodada e debilitada: sintomas de totalitarismo”.¹¹⁴

Desta forma, independentemente das diferentes abordagens a respeito do tema, é de fundamental importância que, dentro dos padrões culturais e temporais, o interesse público seja respeitado e aplicado, sendo assim considerado como uma limitação ao poder discricionário do administrador público.

2.4 Poder Discricionário

Retornando à questão de fundo, qual seja, a discricionariedade, analisando-se os princípios constitucionais expressos e implícitos referentes à matéria, mister se faz neste momento meditar sobre o poder oriundo dessa discricionariedade e o seu controle.

¹¹³ *Los fundamentos éticos del interés público*, p.27-37.

2.4.1 Conceito

O vocábulo poder advém do latim *potere*, significando domínio, posse.¹¹⁵

Para Paulo Márcio Cruz,

“poder expressa a energia capaz de conseguir que a conduta dos demais se adapte à vontade própria. É uma influência sobre outros sujeitos ou grupos que obedecem por haver sido manipulados ou atemorizados com uma ameaça de emprego da força. Mesmo que em algumas ocasiões não seja necessário exercer o poder, pois quem o possui consegue seus objetivos apelando à sua autoridade ou à sua capacidade de persuasão, em outras é preciso recorrer à força para fazer valer sua posição”.¹¹⁶

O agente público poderá atuar de forma vinculada ou discricionária, levando-se em consideração a existência ou não de margem de liberdade em sua atuação, concedida pelo legislador. De fato, há normas que não permitem qualquer escolha por parte de seu aplicador, eis que o legislador prevê somente uma única forma de conduta – esse tipo de poder denomina-se *poder vinculado*.

No entanto, algumas vezes, o legislador coloca à disposição do aplicador inúmeras possibilidades de escolha, cabendo a este a melhor opção dentro do caso concreto e de um juízo de valor - esse tipo de poder denomina-se *poder discricionário*.¹¹⁷

¹¹⁴ *Legitimidade e Discricionariedade*, p. 12.

¹¹⁵ *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, p. 1.351.

¹¹⁶ *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*, p. 55.

¹¹⁷ Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández diferenciam o poder vinculado do poder discricionário nos seguintes termos: “La atribución expresa y específica de las potestades administrativas por legalidad es una forma de atribución aplicable a todos los casos. Pero, ello

Nesse sentido são os ensinamentos do professor Diógenes Gasparini, para quem

“*vinculados* são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve *se, como e quando* deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração Pública qualquer outro. Esses atos decorrem do exercício de uma atribuição *vinculada* ou, como prefere boa parte dos autores, do desempenho do *poder vinculado*, em cuja prática a Administração não tem qualquer margem de liberdade. (...) *discricionários* são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de *conveniência e oportunidade*, ou seja, *de mérito*. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo”.

Prosseguindo, esclarece que

“a hipótese legal incumbe-se de indicar quando é possível essa atuação por meio das expressões: *será facultado, poderá o Poder Público* ou outra da mesma natureza. Ante essa competência, a Administração Pública poderá

supuesto, existe a continuación una distinción capital en el modo como esa atribución se realiza: la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad aplicable, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación de edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo – aplicación de una cuota establecida por la ley a una base fijada sobre un becho imponible determinado – etc.); o bien, por el contrario, definiendo la Ley, porque no puede dejar de bacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificada de la potestad que atribuye a la Administración algunas condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de becho (por ejemplo: construcción de una obra pública, ascensos o designaciones electivas de funcionarios o de cargos), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (por ejemplo: fijación del quantum de una subvención, determinación del contenido de la

deferir ou não certo pedido feito, já que se lhe permite avaliar a solicitação formulada segundo os referidos critérios e o interesse público do momento. Destarte, estará satisfeita a vontade da lei com qualquer decisão e até com a que deferisse o pedido, com condições. Esses atos decorrem do exercício da *atribuição discricionária* ou, como prefere boa parte da doutrina especializada, do desempenho do *poder discricionário*, onde a Administração Pública age com certa dose de liberdade na solução de um caso concreto".¹¹⁸

Ora, o poder discricionário tem sua razão de ser no momento em que organiza a atividade administrativa dentro do binômio conveniência-oportunidade, limitada pela legalidade, com objetivo precípuo de escolher, dentre todas as opções elencadas por lei, a mais justa e eficaz.

2.4.2 Limites ao poder discricionário e controle judicial

Além dos limites impostos pelos princípios relacionados anteriormente, cumpre consignar que, tanto no caso de ato vinculado como no caso de ato discricionário, a finalidade da lei deverá ser sempre cumprida e obedecida. Assim, constata-se que é a própria lei o maior limite do administrador público quando de sua conduta, principalmente quando o ato atribui características discricionárias.

De fato, a legalidade do ato praticado pelo administrador poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, a fim de se auferir eventual excesso na discricionariedade concedida pelo legislador, não podendo, portanto, o ato discricionário afrontar o ordenamento jurídico, sob pena de ser declarado nulo,

norma reglamentaria, del Plan urbanístico etc.) bien de ambos elementos". *Curso de Derecho Administrativo*, p. 447.

¹¹⁸ *Direito Administrativo*, p. 87-88.

mediante controle exercido pelo Poder Judiciário. Não há que se confundir discricionariedade com arbitrariedade, uma vez que “a discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excludente da lei, com abuso ou desvio de poder”.¹¹⁹

No ordenamento jurídico pátrio, há unidade de jurisdição e, dessa forma, nada resiste à apreciação do Poder Judiciário, conforme preceito constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República.

A discricionariedade, como já foi explanado, implica a liberdade de apreciação, pela Administração Pública, dos aspectos de oportunidade e conveniência conferidos por lei.

Verificada a possibilidade de a Administração agir discricionariamente, a escolha há que se fazer observados, sempre, os princípios gerais do Direito. Portanto, o parâmetro correto para que a Administração aja com discricionariedade, mas sem abusos, é a utilização dos princípios gerais que norteiam o Direito.

No dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro, o melhor seria reconhecer a discricionariedade como liberdade de ação limitada pelo Direito. Aduz:

¹¹⁹ Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 120.

“por isso mesmo, em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há que ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito”.¹²⁰

Todos os atos administrativos estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário. Os atos vinculados são inteiramente passíveis de exame pelo juiz. Quanto aos atos discricionários há certa reformulação, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial, quanto ao controle pelo Poder Judiciário.

Pela teoria geral do Garantismo¹²¹, ou teoria do Direito e da Política, não se pode deixar de emprestar total valor aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já explanados anteriormente e, com efeito, é forçoso concluir que hoje, numa visão moderna e garantista, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade operam numa relação de adequação jurídica entre o motivo e o conteúdo do ato administrativo, levando em consideração uma finalidade de interesse público.

¹²⁰ *Op.cit.*, p. 173.

¹²¹ “Entende-se a teoria do Direito e da Política que, do ponto de vista jurídico, estuda os conceitos e categorias gerais do Direito sem desconsiderar a sua realidade externa. Nesta linha de compreensão, afirma-se que as normas jurídicas não são concebidas como simples equações ou fatores neutros, e sim, como cadeias de argumentação que sempre traduzem valores ideológicos e interesses sociais, políticos, econômicos e culturais. Desta maneira, são as condições externas, ou seja, as que advêm do entorno social, que outorgam sentido às normas, perpassando todo o Direito”. Luiz Henrique Urquhart CADEMARTORI – *Discricionariedade Administrativa*, p. 29.

Quem deve dar limites à discricionariedade administrativa é o Poder Judiciário, guardião da legalidade. Efetivamente, para se definir o que é mérito, só examinando os motivos do ato, para se verificar o que excedeu da conveniência e oportunidade, requisitos que norteiam os atos discricionários.

Destarte, o que o Poder Judiciário examinará não é a discricionariedade em si, mas o resultado de seu exercício.

3. DO JUIZ

3.1 Evolução histórica do Poder Judiciário

A figura do juiz aparece desde os primórdios da sociedade e se confundia, de início, com a figura de quem detinha o poder político de um agrupamento humano, geralmente o chefe do clã.

No Egito, a noção singular do juiz foi modificada sendo que, quando a questão criminal ou civil era de pequeno potencial ofensivo, o poder de decidir esses conflitos era dividido entre membros comuns da sociedade. Porém, para questões mais graves foi criado um tribunal superior composto não por membros comuns da sociedade, mas sim por trinta sacerdotes, que tomavam a qualificação de “auditores das queixas do tribunal de justiça”.¹²²

Na época da Grécia Antiga, observa-se que a qualidade de magistrado era exercida por um cidadão previamente escolhido, por eleição ou por sorteio, pela classe política vigente dominante para exercer algum tipo de poder de comando, em caráter temporário ou vitalício, destacando-se o Tribunal dos Efetas, o Tribunal da Heliaia, a Assembléia do Povo, além dos árbitros públicos.

Contudo, foi no Direito Romano que a magistratura sofreu a sua maior evolução, mormente pela extensão territorial do Império Romano que integrou vários povos.

É certo que o Direito Romano atravessou três fases históricas (*legis actiones*, *per formulas* e *cognitio extraordinaria*) cada uma com suas peculiaridades próprias, sendo que naquela época a função de magistrado não coincidia com a função de juiz, pois o primeiro era um funcionário do Estado e o segundo, um particular.

No entanto, somente no terceiro período histórico do Direito Romano, qual seja, *cognitio extraordinaria*, é que o magistrado passou a exercer também as funções de juiz a fim de decidir os conflitos, sendo então criado o chamado “edito dos magistrados”, o qual era um programa anual apresentado ao povo pelos magistrados, consubstanciado em ordens, direitos e deveres aprovados pelo imperador.¹²³

O *pretor* romano (magistrado), ao tomar posse do cargo, publicava um *edictum*, expondo sua interpretação do texto legal, contudo, não solucionava os conflitos a ele encaminhados. De fato, sua função consistia em convocar as partes e iniciar o rito procedimental, porém o julgamento era proferido pelo juiz (*judex*), pessoa conhecida pelas partes e que exercia também o cargo de senador. Posteriormente, por volta do ano 632 d.C., os cavaleiros também

¹²² Mario GUIMARÃES, *O juiz e a função jurisdicional*, p. 20.

¹²³ Vicente MIRANDA, *Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, p. 13-15.

passaram a integrar o grupo das pessoas que poderiam ser nomeadas como juízes.¹²⁴

Com a queda do Império Romano, passou a figurar como expoente político da época o povo germânico e, conseqüentemente, o Direito germânico foi substituindo o Direito Romano, sendo que as decisões eram deliberadas em uma assembléia dos chamados membros livres do povo, limitando-se o juiz a direcionar o debate e a proclamar o veredicto, cabendo a produção de provas exclusivamente às partes.¹²⁵

Posteriormente, a partir do término da Idade Média, quando a função de juiz era exercida pelo réu em última instância, o Direito moderno passou a monopolizar a elaboração de um ordenamento jurídico positivo, consubstanciado na tripartição de poderes – Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo, os quais são harmônicos e distintos entre si.

3.2 Poder Judiciário no Brasil

No Brasil¹²⁶, à época do seu descobrimento, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, nas quais havia estipulação de que o juiz deveria julgar “segundo o que achar no feito alegado e provado pelas partes”, não devendo julgar conforme sua consciência.

¹²⁴ Mário GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁵ Vicente MIRANDA, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 26-37.

No período colonial, sucessivamente, aplicaram-se as Ordenações Manoelinas e Filipinas, que basicamente tratavam o magistrado sob a mesma ótica, sendo criados nessa época, aqui no Brasil, os cargos de “juízes da terra”, “juízes de fora”, “almotacéis” e “ouvidores”.

Os juízes da terra ou juízes ordinários eram eleitos pelo povo e exerciam sua função em vilas e cidades menores, carregando sempre pelas ruas uma vara vermelha que os distinguia dos demais. Por outro lado, nas cidades maiores ficavam os chamados “juízes de fora”, os quais eram nomeados pelo rei, sendo designados para os locais de maior conflito.¹²⁷ Essa espécie pode ser entendida como um precursor da chamada justiça itinerante.

Os almotacéis possuíam poderes assemelhados ao poder judicial, porém, eram funcionários administrativos que fiscalizavam as mercadorias nas aldeias, vilas e cidades para a aplicação de eventuais multas.

Por derradeiro, os ouvidores eram pessoas nomeadas pelos donatários das capitanias hereditárias, possuindo, assim, maior prestígio, tendo suas funções assemelhadas às dos atuais juízes.

¹²⁷ “... que sendo estranhos, sem na terra terem parentes nem amigos, compadres e companheiros, ou bem malquerenças e ódio com outros, podiam resistir à prepotência dos poderosos, castigar os seus excessos, sem ficarem expostos às vinganças dos mesmos poderosos e assim fazerem melhor justiça do que os naturais da terra”. – Carta Régia de 1352.

Em grau recursal, havia a Casa de Suplicação do Rio de Janeiro, criada nos moldes das Casas de Suplicação de Lisboa e do Porto, presididas pelo Regedor das Justiças, a quem cabia a palavra final, devendo ser um

“homem fidalgo, de limpo sangue, de sã consciência, e de muita autoridade e letrado, se for possível, e, sobretudo tão inteiro que sem respeito de amor, ódio, ou perturbação outra de ânimo, possa a todos guardar justiça igualmente. E assim deve ser abastado de bens temporais, que sua particular necessidade não seja causa de em alguma coisa perverter a incerteza e constância com que nos deve servir. Isso mesmo deve o regedor ser nosso natural, para que como bom e leal deseje o serviço de nossa pessoa e Estado”.¹²⁸

Na Constituição Imperial¹²⁹, não obstante a existência do princípio da independência dos poderes¹³⁰, observa-se que os juízes eram perpétuos, porém removíveis. Ademais, integravam o Poder Judiciário (ou Poder Judicial) os jurados, os quais examinavam os fatos a serem decididos pelos juízes, além dos juízes de paz, criando-se o Supremo Tribunal de Justiça com sede na Corte.

Na fase imperial, foi editado o Código de Processo Criminal de 1832, o qual imprimiu uma nova ordem de organização judiciária, sendo utilizada pela primeira vez, em um texto legal no ordenamento pátrio, a expressão “juiz de direito”.

A par disso, denota-se com o Decreto nº 737, de 1850, posteriormente ampliado, já na fase da República, pelo Decreto nº 763, de 1890, a expansão dos

¹²⁸ *Ordenações Afonsinas*, Livro 1º, tit. 1º.

¹²⁹ 25 de março de 1824.

¹³⁰ Art. 10: “*Os poderes políticos reconhecidos pela Corte do Império do Brasil são quatro: Poder Legislativo; Poder Moderador; Poder Executivo; Poder Judicial*”.

poderes do magistrado para solucionar conflitos de ordem civil e comercial em geral.

Na Constituição da República de 1891 restou mantida a tripartição dos Poderes, porém aos Estados-membros da Federação coube a tarefa de elaboração de critérios sobre a organização judiciária.

Dessa forma, alguns Estados da Federação editaram seus próprios códigos de processo, levando em consideração a particularidade de cada um, elencando as funções e atos exercidos pelos juízes.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1934, criou a justiça eleitoral, além de elencar as garantias constitucionais dos magistrados: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos¹³¹, com fins de assegurar maior imparcialidade nas decisões judiciais. Aludidas garantias constitucionais foram mantidas nas Constituições de 1937, 1946, 1967 (outorgada pela Emenda Constitucional 01/69) e 1988.

No Código de Processo Civil de 1939, que editou regras unânimes para todos os Estados da Federação, foram atribuídos poderes jurisdicionais e de polícia ao magistrado, bem como foi assegurado a ele o princípio probatório do seu livre convencimento, ficando o magistrado ao decidir, no entanto, limitado ao pedido, ou seja, não podia julgar nem *extra*, nem *citra*, nem *ultra petita*.

¹³¹ Com a edição da EC 19/98 passou-se a utilizar a expressão “irredutibilidade de subsídios”

O Código de Processo Civil em vigor possui capítulo específico para apresentar os poderes, deveres e responsabilidades do juiz, qual seja, o Capítulo IV, do Título IV, do Livro I, sendo este um norte para atribuir os limites de atuação do magistrado. Ademais, contém regras de competência para a verificação de qual juiz deverá atuar especificamente para cada processo.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 92, com a alteração da Emenda Constitucional nº 45, elencou a composição do Poder Judiciário, que é constituído pelos seguintes órgãos:

- a) Supremo Tribunal Federal;
- b) Conselho Nacional de Justiça;
- c) Superior Tribunal de Justiça;
- d) Tribunal Superior do Trabalho;
- e) Tribunal Superior Eleitoral;
- f) Superior Tribunal Militar;
- g) Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal;
- h) Tribunais Regionais Federais;
- i) Tribunais Regionais do Trabalho;
- j) Tribunais Militares;
- k) Juízes Estaduais e do Distrito Federal;
- l) Juízes Federais;
- m) Juízes do Trabalho;
- n) Juízes Eleitorais;
- o) Juízes Militares.

Além disso, as Constituições Estaduais podem criar outros órgãos integrantes do Poder Judiciário a fim de complementarem o mandamento constitucional.

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 54, com a alteração oriunda da Emenda Constitucional nº 45, detalhou os seguintes órgãos:

- I. Tribunal de Justiça;
- II. Tribunal de Justiça Militar;
- III. Tribunais do Júri;
- IV. Turmas de Recursos;
- V. Juízes de Direito;
- VI. Auditorias Militares;
- VII. Juizados Especiais;
- VIII. Juizados de Pequenas Causas.

Dessa forma, percebe-se que a Constituição da República adotou o mandamento da dualidade de estruturas, isto é, em um mesmo capítulo discorreu sobre um Poder Judiciário organizado pela União (Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar da União e Justiça Federal) e outro organizado por cada um dos Estados (Justiça Militar dos Estados e Justiça Comum Estadual), porém a Justiça é uma só.¹³²

¹³² “A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em Justiça Federal e Estadual, tal como se fala em Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral, etc.,

Rosah Russomano esclarece que

“fala a Constituição das diversas Justiças, através das quais se exercerá a função jurisdicional. A jurisdição é uma só, ela não é nem federal nem estadual: como expressão do poder estatal, que é uno, ela é eminentemente nacional e não comporta divisões. No entanto, para a divisão racional do trabalho é conveniente que se instituem organismos distintos, outorgando-se a cada um deles um setor da grande ‘massa de causas’ que precisam ser processadas no país. Atende-se, para essa distribuição de competência, a critérios de diversas ordens: às vezes, é a natureza da relação jurídica material controvertida que irá determinar a atribuição de dados processos a dada Justiça; outras, é a qualidade das pessoas figurantes como partes; mas é invariavelmente o interesse público que inspira tudo isso (o Estado faz a divisão das Justiças, com vistas à melhor atuação da função jurisdicional. Negar a unicidade do Poder Judiciário importaria desconhecer o unitário tratamento orgânico que, em termos gerais, lhe dá a Constituição da República. Uma única lei nacional, um único estatuto, rege todos os membros da magistratura, independentemente da qualidade e denominação da Justiça em que exerçam a função (Lei Complementar nº 35, de 14.3.1979; art. 93, “caput” da CF). A todos aplicam-se as mesmas garantias e restrições, concebidas em defesa da independência e da imparcialidade”.¹³³

Assim, o Poder Judiciário é uno, eis que o regramento para os seus integrantes é igual, aplicando-se à todos as mesmas garantias, os mesmos direitos e os mesmos deveres, sendo também una a sua função – a jurisdição.

sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos”. *STF – ADIn nº 3.367 – Rel. Ministro Cezar Peluso – j. 13/04/2005.*

¹³³ *O princípio do federalismo na Constituição brasileira*, p. 12.

3.3 Concurso de ingresso à carreira da magistratura

O ingresso na carreira da magistratura, cujo cargo inicial é o de juiz substituto, será feito através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, em todas as fases, exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação, conforme se observa na nova redação conferida ao artigo 93, inciso I, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Aludida norma visa impedir eventual escolha deliberada entre os membros da sociedade para o exercício dessa função, sendo que deve prevalecer em todo e qualquer momento o princípio da imparcialidade, ficando vedado, portanto, no nosso ordenamento, o sistema de eleição dos magistrados pelos cidadãos ou pelo Poder Executivo. Nesse sentido, colacionam-se os ensinamentos de Heliana Coutinho Hess, para quem

“o juiz escolhido pelo povo ou nomeado pelo Poder Executivo, muitas vezes, se deixa vincular aos interesses ou mesmo é partidário do grupo da autoridade política que o elegeu, prejudicando a independência e imparcialidade de sua atuação. A razão é simples: o juiz eleito fica ligado ao chefe do Executivo, ao partido ou grupo de poder que conseguiu elevá-lo ao cargo público. Essa vinculação compromete a imparcialidade e a liberdade de julgamento das questões ligadas ao seu grupo de interesses. A seleção deve tomar por base o critério de capacidade e qualificação para o exercício da judicatura, a árdua

função de julgar com exclusão de quaisquer outros parâmetros que não a interpretação valorativa da lei e a consciência pessoal do juiz”.¹³⁴

A alteração do inciso I, do artigo 93, da Constituição Federal, efetuada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, para exigir do candidato três anos de atividade jurídica, originou-se em discussão sobre a inexperiência prática atribuída a alguns magistrados.

Com efeito, para os defensores dessa alteração é necessário que o candidato à função de magistrado tenha vivência no campo fático do Direito e não apenas no campo teórico, pois restou demonstrado para eles que, nos últimos anos, ocorreu um acréscimo no número de candidatos aprovados os quais não tiveram grande participação em atividades jurídicas.

O legislador, ao alterar a norma originária, apresentando como exigência a comprovação pelo candidato de, pelo menos, três anos de atividade jurídica, não estabeleceu, no entanto, critérios para a denominada “atividade jurídica”, cabendo, portanto, à banca examinadora do concurso¹³⁵, quando da elaboração do edital, definir a extensão do que entende como “atividade jurídica”.

¹³⁴ *O juiz agente político*, p. 47.

¹³⁵ Nos editais do 178º, 179º e 180º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso a Magistratura do Estado de São Paulo estabeleceu-se, como exigência, a comprovação do exercício, por três anos, contados a partir da obtenção do grau de bacharel em Direito e até o término do prazo para completar a documentação, atividade jurídica assim considerada aquela exercida com exclusividade por bacharel em direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico: a advocacia; cursos de pós graduação na área jurídica reconhecidos pelo Ministério da Educação e os ministrados em Escola da Magistratura reconhecida pelo Conselho Estadual da Educação, desde que integralmente concluídos com aprovação; cargo do Ministério Público, cargo de Procurador do Estado, do Município e de Autarquias, cargo de Delegado de Polícia, cargo de Assistente Jurídico e magistério de disciplina jurídica em curso superior.

Outros países também adotam esse sistema, tais como a Itália, a Alemanha, a Áustria e Portugal.

Os concursos de provas e títulos variam conforme a carreira da magistratura, ou seja, magistratura federal, magistratura do trabalho ou magistratura estadual, levando em consideração as peculiaridades próprias para cada área específica de atuação, diferenciando-se não só no tocante à relação das matérias, mas também na quantificação e especificação das provas, conforme regras previamente impostas no edital de concurso.

Em nosso sistema, há outra forma de seleção de juízes, porém somente em nível de última instância. De fato, tanto para o Supremo Tribunal Federal, para o Superior Tribunal de Justiça, para o Superior Tribunal do Trabalho, para o Superior Tribunal Militar e para o Superior Tribunal Eleitoral, os ministros são nomeados pelo Presidente da República a partir de listas tríplices, elaboradas pelos tribunais e sempre mediante prévia aprovação do Senado Federal.

A par disso, o ingresso na carreira judiciária também pode ser feito pela utilização do chamado “quinto constitucional”, isto porque a Constituição da República permite que um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios seja composto por membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e por advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla, pelos

órgãos de representação das respectivas classes, a qual é encaminhada ao Poder Executivo para escolha e conseqüente nomeação.¹³⁶

3.4 Direito comparado

3.4.1 Itália

Igualmente como ocorre no Brasil, o ingresso na magistratura na Itália é feito por meio de concurso público de provas e títulos, com a defesa de tese e obtenção de nota.

Aprovados os candidatos, são nomeados *auditores giudiziarios* e, após um período de dois anos, realiza-se um novo exame prático. O juiz, se aprovado, é nomeado para o cargo de *aggiunto giudiziario* e, finalmente, após três anos neste último cargo, é nomeado *giudice*.

No Direito italiano, o juiz tem o poder de direção do processo bem como de valorizar as provas, segundo a sua prudente apreciação, ficando, no entanto, limitado ao pedido das partes, proferindo provimentos em três ordens: *sentenza*, *ordinanza* e *decreto*, sendo que a *sentenza* consubstancia em provimento decisório definitivo.

¹³⁶ Art. 94 da C.F.: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada,

Por outro lado, a *ordenanza* é utilizada para decidir questões incidentais e prover o regular desenvolvimento do processo, e, finalmente, o *decreto* é utilizado quando não mais existe contraditório.¹³⁷

3.4.2 Portugal

No sistema português há a exigência prévia para os candidatos a ingresso na magistratura de estágio de um ano nos tribunais de primeira instância na cidade de Lisboa e do Porto, para complementação da formação profissional.

Após isto, os candidatos deverão participar de um curso preparatório de duração de dois anos e meio, sendo então selecionados por meio de notas obtidas em provas orais e escritas a serem realizadas perante um júri, presidido pelo Diretor do Centro de Estudos Judiciários e composto de duas personalidades reconhecidas no mundo da cultura, restando dispensados deste curso preparatório os doutores em Direito, advogados conservadores e notórios com experiência mínima de sete anos e boa informação de serviço, aptos a preencherem um quinto das vagas.

Terminado o período do curso, os candidatos aprovados são classificados, pelo aproveitamento e de acordo com o mérito, como juízes de Direito ou como delegados do Procurador da República, em estágio pré-afetação, exercendo

com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes”.

¹³⁷ Vicente MIRANDA, *op. cit.*, p. 41.

funções judiciárias com o auxílio de um magistrado mais experiente, durante o período de seis meses; após esse decurso tomam posse no cargo aguardando vaga.

No sistema judiciário português vige o princípio do conhecimento oficioso do direito e o princípio dispositivo, permitindo ao juiz inteira liberdade de examinar a causa levada à decisão, cabendo às partes a apresentação do material de fato para comprovação do que foi alegado.¹³⁸

3.4.3 Alemanha

Na Alemanha, o curso universitário de Direito tem duração mínima de cinco anos, sendo que após o seu término os alunos prestarão um exame denominado Primeiro Exame de Estado; se forem aprovados, passam a atuar por um período de dois anos como funcionários públicos e praticantes de Direito, realizando estágios nas diversas áreas.

Ao terminarem esse período, os funcionários públicos e praticantes de Direito prestam um Segundo Exame de Estado, recebendo notas que, somadas às da primeira prova, determinam o destino de cada um de acordo com a quantidade de vagas.

¹³⁸ Vicente MIRANDA, *op. cit.*, p. 49.

Assim, os candidatos que obtiverem melhor nota são designados para o exercício dos cargos de juízes auxiliares, nos graus inferiores do Poder Judiciário, permanecendo nesse cargo no período de três a cinco anos, sendo que somente após esse período é que adquirem as garantias constitucionais para a magistratura.

No sistema judiciário alemão, a iniciativa do processo cabe à parte, mas o juiz pode inaugurar de ofício o procedimento pertinente à jurisdição voluntária, sendo que também cabe ao julgador sugerir às partes que alterem ou completem o objeto do pedido. Além do mais, o juiz pode

“assistir à parte que não esteja representada pelo advogado de forma mais intensa, prestando-lhe apoio, dando-lhe conselhos e sugestões para que ela não fique em posição desfavorável em relação ao outro representado ou assistido por advogado, apoio este que deverá , é claro, manter-se dentro de certos limites para que o julgador não incorra na parcialidade”.¹³⁹

3.4.4 Estados Unidos e Inglaterra

O sistema inglês e o americano possuem como característica o julgamento conforme o direito consuetudinário (*commun law*), porém, apresentam diferenças no tocante ao ingresso de seus membros.

No sistema norte-americano, os juízes federais são nomeados pelo Poder Executivo após serem indicados pelos tribunais, pelo Congresso e pelas Associações de Classe, sendo que os juízes estaduais são eleitos pelo povo. A

¹³⁹ Vicente MIRANDA, *op. cit.*, p. 40.

par disso, a nomeação para a Suprema Corte Americana é feita pelo presidente da República e aprovada pela Câmara dos Deputados e Senado.

Por outro lado, no sistema inglês, os juízes são geralmente escolhidos entre os advogados que se destacaram na carreira e entre aquelas pessoas do povo que são recompensadas em virtude de serviços públicos prestados, sem se exigir destas qualquer formação jurídica, sendo nomeados pela Coroa, depois de ouvidos o Conselho de Ministros e o Parlamento.

3.5 A verdade, o processo, o direito, o juiz e a justiça

Inexiste definição única ou absoluta acerca da conceituação de verdade. O termo verdade advém do latim *veritate* e significa exatidão, conformidade com o real, sendo que em grego o vernáculo é *aletheia*, ou seja, revelação.

Filosoficamente, também, subsistem várias conceituações acerca do que é verdade, sempre se levando em apreço a linha e o limite de conhecimento e de pensamento.

Porém, os doutrinadores se identificam no sentido de considerar a verdade como o que “constitui a realidade no e para o pensamento”.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Gerard LEGRAND, *Dicionário de Filosofia*, p. 386.

Para Santo Agostinho, a verdade é o que é, sem qualquer outra conotação¹⁴¹.

A idéia de se considerar somente a “verdade divina” refoge a idéia da chamada verdade ontológica, a qual considera como inexistente o irreal, o falso.

No campo processual, a verdade está muito relacionada com a questão da justiça, isto porque não há duas verdades sobre o mesmo fato, mas, tão-somente, pode ocorrer uma variação de opiniões, dependendo da interpretação dada por cada um, dado que é notória a máxima que cada um tem a sua verdade.

Assim, como a finalidade e o objetivo precípuo do processo são fazer justiça, deve o julgador se convencer ou não da verdade apresentada, a fim de alcançar o que é justo, e isto só pode ser produzido quando o juiz se convence de que a verdade foi desvendada mediante a reconstituição dos fatos.

Observa-se que o direito e a verdade complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da norma violada, entre as quais se encontram aquelas que visam esclarecer a verdade.

Destarte, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o direito persegue e visa atingir, às vezes sem sucesso, isto porque a reconstrução dos fatos que corresponde efetivamente à verdade, às vezes, não é alcançada.

¹⁴¹ *Confessionum*. Trad. S.J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. 5.ed. Porto: Livraria Apostolado da

Dessa forma, é necessário reconhecer que a verdade constitui um dos pilares do processo, pois sequer se permite cogitar da possibilidade de se prestar validade a um processo fincado na mentira.

No campo do Direito processual, é mister descobrir a verdade para que a norma jurídica possa ser aplicada corretamente e, descobrir a verdade, é oferecer conhecimentos capazes de convencer o julgador da existência ou inexistência de um determinado fato.

O princípio da verdade subdivide-se em dois: princípio da verdade material, ou verdade real, ou verdade substancial e o princípio da verdade formal.

O princípio da verdade real ou material é amplamente utilizado no processo penal, isto porque, como prevalece o interesse público, se fixa a exigência de que a condenação só pode existir como providência jurisdicional justa, após terem sido esgotadas todas as possibilidades de prova para a absolvição do acusado.

Em busca da verdade real o juiz tem ampla participação na produção da prova penal, até mesmo após o encerramento da fase instrutória, podendo efetuar novo interrogatório do réu e reinquirir a vítima e testemunhas a fim de alcançar a verdade, não bastando um mero juízo de probabilidade para a condenação.

Malatesta afirma que

“dizem alguns e repetem-no quase todos os tratadistas que a certeza em matéria criminal não é senão uma probabilidade. Eis uma afirmação falsa do ponto de vista da lógica e falsa e perniciosa do ponto de vista do direito: afirmação que funciona como entorpecente sobre a consciência do magistrado, adormecendo nele aquele sentido de trepidação, a salvaguarda da justiça, enquanto faz sentir viva a necessidade de investigações para chegar com certeza à verdade”.¹⁴²

Por outro lado, o princípio da verdade formal ou verdade *stricto sensu* encontra-se amplamente utilizado no processo civil, objetivando a agilização dos litígios e o restabelecimento da paz social, eis que o Estado-juiz contenta-se com a verdade apresentada pelas partes no processo, não se empenhando em produção de outras provas.

Porém, já se identificam no processo civil algumas regras que constituem verdadeiro princípio da verdade material, possibilitando ao magistrado, de ofício, a produção de provas.

O juiz possui o livre convencimento na apreciação da prova, porque só assim poderá buscar a verdade, cabendo primordialmente a ele apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, conforme a regra inserida no artigo 131, do Código de Processo Civil.

Assim, é assegurada ao magistrado a liberdade na apreciação das provas, ressalvando-se que a convicção deve ser motivada.

¹⁴² *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio, p.54

Portanto, o julgador tem liberdade para apreciar e valorar os vários meios de prova, a despeito das manifestações das partes. Assim, o juiz poderá “dar maior valor a uma perícia do que aos depoimentos das testemunhas; ou poderá preferir a prova ocular de um acidente à conclusão pericial de um laudo técnico; ou poderá basear sua convicção em única testemunha”¹⁴³, comprovando-se que a prova não tem um valor pré-fixado, podendo, diante do caso concreto, para solucionar com justiça o litígio, aceitar ou não o resultado da prova, mas desde que fundamentada sua decisão, afastando-se, assim, a aplicação dos princípios da prova tarifada e da íntima convicção.

Na formação de sua convicção, poderá o juiz valer-se do conhecimento pessoal, haurido fora dos autos, consistente nas chamadas “regras de experiência”. Estas, no lapidar ensinamento do Prof. José Carlos Barbosa Moreira,

“são noções dotadas de generalidades e abstrações, que refletem o reiterado perpassar de acontecimentos semelhantes, autorizando a convicção de tais acontecimentos, em igualdade de condições, e poderão apresentar-se da mesma maneira no futuro, sendo que tais regras buscam fontes na ciência, nas artes, na técnica, no exercício de profissões, nas atividades comerciais e industriais, nas religiões, nos usos correntes em certas comunidades e na observação quotidiana do que se passa em torno de nós. Sua importância processual reside em que ministram elas ao órgão judicial critérios de valoração da prova. Tal poder reveste-se de natureza cognoscitiva, lógica, psicológica e crítica. A percepção integra a valoração porque esta pressupõe o conhecimento da prova produzida; “*la percezione del giudice*”, como diz Carnelutti, vale-se de todos os sentidos, mas, sobretudo da visão (a leitura de um documento), e da audição (a oitiva de testemunhas). Ao valorar, utiliza-se o juiz de todos os instrumentos da lógica, como o silogismo, a indução, a

¹⁴³ Vicente MIRANDA, *op. cit.*, p. 220.

dedução, aplicando as regras da lógica comum ou geral, pois a atividade valorativa é também uma operação intelectual. Finalmente, aparece o lado crítico dessa atividade judicial que consiste no poder do julgador em criticar, em sua acepção filosófica e jurídica, cada meio de prova, questionar sua autenticidade, sua veracidade, seu valor, sua eficácia, seu peso; poder-se-á, falar, sem exagero, em um autêntico criticismo valorativo como integrante dessa atividade de apreciação judicial".¹⁴⁴

Dessa forma, claro está que a formação natural do livre convencimento é precedida de uma avaliação pessoal feita pelo próprio magistrado que avalia livremente a prova, utilizando-se de critérios da legalidade e da legitimidade, fundamentando sua decisão dentro das provas produzidas no processo. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque chama a atenção para o fato de que não é permitido ao juiz

“decidir em conformidade com fatos de que teve conhecimento fora dos autos. Inadmissível a utilização da ciência privada, o que não se confunde com o emprego legítimo de conhecimento próprio, para a avaliação da prova ou de fatos dos autos”.¹⁴⁵

Observa-se que todo esse trabalho lógico, desenvolvido pelo magistrado, tem como objetivo a busca e a aplicação da justiça.

A justiça é um ideal perseguido pelo juiz diante da ocorrência de uma lesão a algum direito, segundo o critério do justo e do eqüitativo¹⁴⁶, pois somente assim se tornará possível a máxima realização dos valores humanos e, em sendo o

¹⁴⁴ *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*, p. 13-14.

¹⁴⁵ *Código de Processo Civil Interpretado* –Antonio Carlos MARCATO (Coord.), p. 368.

ideal “a síntese de tudo a que aspiramos, de toda a perfeição que concebemos ou se pode conceber”¹⁴⁷, constatamos que, no mundo fático, não é possível que a justiça se efetive em todos os casos por inúmeros entraves que dificultam o seu acesso.

O acesso à justiça é a possibilidade de se exigir do Estado que sejam garantidos os direitos reconhecidos pela Constituição Federal e nas leis editadas, diante da ofensa perpetrada. É, pois, um direito fundamental na medida em que, não sendo observados, os demais direitos não alcançarão a sua efetividade.¹⁴⁸

O juiz deve possuir uma postura mais ativa e interessada em relação aos conflitos que lhe são submetidos para decidir¹⁴⁹. José Renato Nalini afirma que:

“para julgar um ser humano, o juiz precisa ser cada vez mais humano. O excesso de técnica pode ajudar a distanciá-lo desse ideal. É uma armadura a mais para afastá-lo do drama de que o processo está impregnado. A aprovação em concurso público para o qual ocorrem milhares, e no qual apenas algumas dezenas logram sucesso, acarreta nítida dose de imodéstia. Da presunção à arrogância é curta a distância”.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Antonio Carlos de Araújo CINTRA; Cândido Rangel DINAMARCO; Ada Pellegrini GRINOVER, *Teoria Geral do Processo*, p. 19.

¹⁴⁷ Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, *op.cit.*, p. 912.

¹⁴⁸ Horacio Wanderlei RODRÍGUEZ, *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*, p. 127.

¹⁴⁹ José Carlos Baptista PUOLI, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 27.

¹⁵⁰ Prefácio da obra de Lídia Reis de Almeida PRADO, *O juiz e a emoção – aspectos da lógica da decisão judicial*, p. XV.

Destarte, o juiz incumbido na função de buscar a pacificação social deve utilizar os seus melhores esforços, mormente o de pessoa humana, atuando de maneira ativa e justa no sentido de cumprir a função jurisdicional.

3.6 Atos processuais

É sabido que o processo inicia-se com o pedido inicial apresentado pelo autor a fim de que o Estado-juiz aplique a norma ao caso concreto, porém, entre esse pedido inicial e a decisão final que aplicou a norma ao caso para solucionar a lide, são praticados pelas partes e pelo juiz vários atos consecutivos.

Assim, entende-se como ato processual aquele praticado dentro do processo e que visa ao válido e eficaz desenvolvimento deste.

Para Ada Pellegrini Grinover,

“os atos processuais são praticados por diversos sujeitos do processo e têm diferentes significados e efeitos no desenvolvimento da relação processual. Também se diferenciam, em relação ao modo como são realizados, havendo os que se exaurem numa só atividade e os que se apresentam como uma soma de atividades múltiplas”.¹⁵¹

A doutrina divide os atos processuais utilizando-se de um critério subjetivo, ou seja, levando em consideração a qualidade das pessoas que praticaram o ato.

¹⁵¹ *Teoria Geral do Processo*, p. 331.

Nessa linha de raciocínio, os atos processuais são divididos em: a) atos judiciais, praticados pelo juiz e pelos auxiliares da justiça; b) atos postulatórios das partes, isto é, aqueles praticados pelos litigantes no transcorrer da relação processual.¹⁵²

No Código de Processo Civil, o legislador destacou capítulo próprio denominado “Dos Atos Processuais”, detalhando as espécies de atos processuais, sua forma e sua finalidade, utilizando-se de um critério objetivo, agrupando-os segundo a natureza da modificação causada na relação jurídica processual, sendo que esta classificação é dividida em: a) atos postulatórios (atos das partes formulando pedidos ao juiz); b) atos probatórios (relativos à realização de prova); c) atos decisórios (atos praticados exclusivamente pelo juiz, resolvendo os conflitos de interesses apresentados).

O artigo 162 do Código de Processo Civil elencou os atos processuais do juiz, consistindo esses em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

Porém, não obstante essa divisão, pode-se constatar a existência de um quarto ato processual praticado pelo juiz, qual seja, a prolação de acórdão, chegando-se a tal conclusão em virtude da análise conjunta dos artigos 162 e 163¹⁵³ do Estatuto Processual Civil.

¹⁵² José Manuel Arruda ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 423.

¹⁵³ “Artigo 162, *caput* – Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”.

“Artigo 163 – Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais”.

É certo que o juiz detém poderes para prestar a tutela jurisdicional de maneira célere e eficaz. Porém, o juiz também está adstrito a deveres em busca da denominada verdade real e da justiça, cabendo à colação os ensinamentos do mestre Arruda Alvim, para quem

“sob certo ângulo, todos os deveres do juiz para com os litigantes envolvem poderes do juiz. Se se diz que o juiz tem o dever de prestar tutela jurisdicional, *ipso facto*, está a se significar que o mesmo juiz tem tal poder. Será dever, no sentido de as partes poderem aspirar, juridicamente, à prestação da tutela jurisdicional, mas do ponto de vista objetivo de o juiz ter o poder de prestá-la, é curial que ele o faz porque lhe foi atribuído dito poder”.¹⁵⁴

Analisando-se os quatro atos processuais do juiz, estes podem ser, assim, definidos: sentença conforme conceituação contida no parágrafo 1º do artigo 162 é o ato pelo qual o juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, ou seja, é a decisão extingue o processo sem ou com a resolução de mérito.

Por sua vez, seguindo-se a definição dada pelo legislador, decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente e despachos são todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Para o mestre Ovídio A. Baptista da Silva, a sentença

¹⁵⁴ Código de Processo Civil Anotado, p. 20.

“é o ato judicial por excelência e consiste no provimento por meio do qual o juiz põe termo ao processo decidindo ou não o mérito da causa. Tendo em vista esta circunstância, subdividem-se as sentenças em terminativas - quando extinguem a relação processual sem decidir a respeito do mérito da causa, e definitivas - quando encerram a relação processual decidindo o mérito da causa”. (...)

Para o doutrinador em questão,

“a decisão interlocutória ou simplesmente decisão é todo o ato realizado pelo juiz, no curso do processo, por meio do qual ele resolve alguma questão incidente e, despachos, ou despacho de mero expediente, como às vezes eles são designados, são todos os demais atos que o juiz pratica no processo, de ofício ou a requerimento da parte, que não implique decisões capazes de causar algum gravame a qualquer uma das partes”.¹⁵⁵

Além dos atos decisórios, o juiz pratica ainda atos de documentação (p. ex., assinar termos) e atos reais ou materiais (p. ex., presidir uma audiência).

O juiz deverá respeitar, quando da prolação de qualquer decisão, o princípio constitucional da fundamentação das suas decisões, inserido no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

Aludido princípio constitucional é exigido em toda e qualquer decisão oriunda do Poder Judiciário, quer seja ela administrativa, quer seja jurisdicional.

¹⁵⁵ Ovídio A. Baptista da SILVA, *Curso de Processo Civil*, p. 166.

Motivar as decisões significa fundamentar e explicar as razões de fato e de direito que foram levadas em consideração no convencimento do julgador.

Conforme ensinamentos de Nelson Nery Júnior, a fundamentação deverá ser substancial e não meramente formal, sendo que para ele

“a motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz até sua submissão, como ato processual, ao Estado de Direito e às garantias constitucionais estampadas no artigo 5º da Constituição Federal, trazendo, conseqüentemente, a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado)”.¹⁵⁶

Assim, nula é a decisão que carece de fundamentação não podendo o juiz eximir-se de dar as razões de seu convencimento na decisão proferida.

A nulidade processual é oriunda da ocorrência de vícios que alcançam os atos processuais, tornando-os inválidos ou ineficazes, sendo que “o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 73.

¹⁵⁷ Galeno LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 32.

Os atos processuais podem acarretar uma nulidade absoluta, uma nulidade relativa ou, ainda, uma mera irregularidade, podendo-se se falar também em inexistência do ato como vício processual.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier

“As nulidades substanciais ou de fundo são por natureza *absolutas*, a não ser que haja texto de lei em sentido contrário; já as nulidades de forma são por natureza *relativas*, exceto nos casos em que a lei diga serem absolutas. Há ainda, uma terceira categoria de atos “viciados”: os atos inexistentes. Podem conceber-se o ato inexistente, que o é por faltar-lhe o mínimo de elementos necessários para conferir-lhe *tipicidade*; e o ato inexistente, que o é por integrar uma *cadeia de atos consecutivos*, que teria sido inaugurada por um ato *intrinsecamente inexistente*. Assim, o ato pode ser inexistente *em si mesmo e derivadamente*. O conceito de inexistência jurídica não pode ser degradado e confundido com a inexistência fática. O que é inexistente juridicamente não corresponde a um nada fático. *Pode, portanto, produzir efeitos*. Aí, justamente reside o perigo destes atos “impostores”. E desta circunstância nasce a regra de que não há prazo para impugná-los”.¹⁵⁸

Stefano Riccio esclarece que “a nulidade exprime a incapacidade de o ato processual alcançar sua finalidade dentro da lei”¹⁵⁹.

Entende-se como nulidade absoluta aquele defeito insanável, que não se sujeita à convalidação, e nulidade relativa aquela que pode ser convalidada, caso não haja interesse do lesionado em argüi-la, devendo ainda comprovar eventual prejuízo sofrido em razão do defeito do ato processual.

¹⁵⁸ *Nulidades do Processo e da Sentença*, p. 503.

¹⁵⁹ *La Preclusione Processuale Penale*, p. 86.

Por fim, as irregularidades não provocam a ineficácia do ato jurídico viciado, isto porque não atingem a essência do ato.

A matéria pertinente às nulidades, principalmente no que tange às nulidades sanáveis, deverá ficar adstrita ao princípio da instrumentalidade das formas, previsto no artigo 244 do Código de Processo Civil¹⁶⁰, obedecendo às exigências legais para que possa ter validade.

3.7 Preclusão

3.7.1 Conceito

O vocábulo preclusão advém do latim “*praclusio*” de “*pracludere*”, ou seja, denota a idéia de encerramento ou de fechamento.¹⁶¹ Também para Aurélio Buarque de Holanda, o termo preclusão possui origem no latim e significa, no sentido filosófico, o “contato prévio de dois órgãos para a produção dum fonema explosivo, como b e p.” e, no sentido jurídico, a “perda de uma faculdade processual civil, ou pelo não exercício dela na ordem legal, ou por haver-se realizado uma atividade incompatível com esse exercício, ou, ainda, por já ter sido ela validamente exercitada”.¹⁶²

¹⁶⁰ “Artigo 244 do Código de Processo Civil – Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

¹⁶¹ De Plácido e SILVA, *op. cit.*, p. 418.

¹⁶² *Op. cit.*, p. 1.380.

No aspecto jurídico, é grande o debate acerca da conceituação da preclusão, considerando-se a sua natureza jurídica e a sua finalidade, sendo que a sua conceituação desenvolveu-se lentamente dentro da seara processual.

Dessa forma, várias definições acerca do tema são apresentadas entre as quais se pode citar a do mestre Giuseppe Chiovenda que, partindo dos ensinamentos de Oskar Bülow, conceitua a preclusão como “a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício”.¹⁶³

Já para Emílio Betti, a preclusão consiste na “perda irrevogável de um poder cujo exercício constitua para a parte um ônus coordenado ao seu exclusivo interesse, perda que pode depender: a) do não exercício; b) de um comportamento incompatível; c) do exercício infrutuoso”.¹⁶⁴

Não obstante as várias noções e definições acerca da preclusão, observa-se que a conceituação apresentada por Chiovenda foi particularmente acolhida pela maioria dos doutrinadores, havendo apenas pequenas complementações a fim de se poder ampliar o instituto e utilizá-lo para atingir outros atos.

3.7.2 Natureza jurídica

¹⁶³ *Cosa Julgada y Preclusion, in Ensayos*. vol. 3, trad. esp. Sentis Melendo, p. 187.

¹⁶⁴ *Diritto Processuale Civile Italiano*, p. 59.

Além da dificuldade de se obter uma conceituação pacífica da preclusão, os doutrinadores também discutem em demasia a natureza jurídica da preclusão.

Para uns a preclusão é um fato jurídico, para outros uma situação jurídica e finalmente há os que entendem que a preclusão é um instituto. A preclusão é entendida como um fato jurídico e, como ensina Stefano Riccio¹⁶⁵, um fato jurídico processual impeditivo ou um fato jurídico secundário, isto porque não extingue integralmente o processo, mas somente uma faculdade processual, não considerando o mencionado autor a preclusão como uma situação jurídica, isto porque a situação jurídica não cria um direito o que pode, ao revés, ser originado pela preclusão.

Para Satta, a preclusão é uma

“situação jurídica resultante do cumprimento ou da falta de cumprimento de um ato, situação que naturalmente é determinada, nos casos singulares, pela vontade da lei, e pode ser processual quando exaure seus efeitos no processo em curso, e substancial quando produz tais efeitos fora do processo”.¹⁶⁶

No entanto, Chiovenda entende a preclusão como instituto propriamente dito e não como um fato jurídico, podendo originar-se o direito a fim de imprimir maior precisão e certeza na decisão dos direitos discutidos. O mestre Ranieri também comunga desse mesmo entendimento, ao ensinar que “a preclusão é um

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁶ *Direito Processual Civil*, trad. Luiz Autuori, p. 255.

instituto que disciplina o regular desenvolvimento do processo, no complexo e na ordem dos atos que o compõem”.¹⁶⁷

Assim, diante da evolução da conceituação da preclusão e de sua natureza jurídica, pode-se considerá-la como

“a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)”.¹⁶⁸

3.7.3 Espécies

Apesar de Chiovenda não ter classificado numericamente as espécies da preclusão, indiretamente, utilizando-se da conceituação dada, podem-se identificar três espécies de preclusão, quais sejam, temporal, lógica e consumativa, sendo também esse o posicionamento e a divisão de Stefano Riccio.

Por outro lado, Andrioli, utilizando-se dos casos de preclusão do Código de Processo Civil Italiano, dividiu a preclusão em quatro categorias: a) derivadas do decurso infrutífero dos prazos estabelecidos com pena de decadência; b)

¹⁶⁷ *Istituzioni di diritto processuale penale*, p. 222

¹⁶⁸ *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 220.

derivadas do cumprimento ou falta de cumprimento de outra atividade processual;
c) derivadas de ato do juiz; d) derivadas do uso de um grau de jurisdição.

No Direito Processual Civil Brasileiro, a classificação seguida é aquela do pensamento ofertado por Stefano Riccio e Chiovenda, ou seja, a que divide a preclusão em três modalidades: temporal, lógica e consumativa. Ovídio Baptista esclarece:

“a preclusão temporal seria a perda de uma faculdade processual em virtude de seu não exercício no momento previsto para a sua realização. A preclusão lógica seria a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato, ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior. E, finalmente, a preclusão consumativa dar-se-á quando uma determinada faculdade processual já foi proveitosamente exercida, no momento adequado, tornando-se impossível o exercício posterior da mesma faculdade de que o interessado quer se valer”.¹⁶⁹

No tocante às partes, a preclusão ocorre quando a parte não praticar no momento próprio um ato processual, ensejando assim a perda da faculdade a que fazia jus, classificada nas três espécies já mencionadas: temporal, lógica e consumativa.

No tocante aos terceiros, normalmente eles não são afetados pela demanda havida entre as partes, não sendo, portanto, também, via de regra, afetados pelo instituto da preclusão, a não ser que se comprove algum gravame com relação a esse terceiro, oriundo da perda da faculdade por uma das partes.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 173.

Com relação ao juiz, observa-se que, no artigo 471 do Código de Processo Civil, está explicitado que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: “I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei”.

A essa possibilidade de ser o juiz atingido pelos efeitos da preclusão, constata-se a existência da denominada preclusão “*pro judicato*” alcançando “decisões de conteúdo expressamente processual”, tais como as decisões de mérito.

3.7.4 Preclusão e institutos afins

3.7.4.1 Preclusão e decadência

Conceitua-se decadência como sendo a perda ou perecimento do direito em razão do seu não exercício no prazo fixado por lei. Ora, na preclusão temporal também ocorre a perda de uma faculdade processual em virtude da sua não realização no prazo legal. Assim, a princípio, poder-se-ia concluir que ambos os institutos são idênticos ou similares.

Porém, nada mais equivocado.

Com efeito, observa-se que a preclusão ocorre dentro dos limites do processo e a decadência fora do direito processual, ou seja, dentro do direito material, isto porque o objeto da decadência são os direitos substanciais e o da preclusão, os direitos processuais. Esse é o ensinamento de Andrioli:

“enquanto a decadência consiste no decurso infrutuoso de um termo prefixado para o exercício da ação, a preclusão não se prende somente à expiração de um termo, mas pode derivar da prática de um ato incompatível com aquele que deva praticar; ao passo que a decadência fulmina a ação, entendida como um todo único, a preclusão fulmina somente as atividades (atos) isoladas ou faculdades, nas quais se manifesta a ação durante o processo”.¹⁷⁰

Resumindo, o objeto da decadência é o direito e o da preclusão é a faculdade processual.

3.7.4.2 Preclusão e prescrição

Por sua vez, entende-se como prescrição a perda do direito da ação, ou seja, o autor poderá exercitar seu direito à ação dentro de um prazo preestabelecido por lei e, caso não o exerça, o direito à ação está prescrito, mas isto não quer dizer que o direito não exista.

Assim, denota-se que a prescrição é a própria perda da ação e a preclusão é a perda de atos ou faculdades dentro da ação, sendo que a primeira é um instituto de direito material e a segunda um instituto de direito processual, sendo

que ambos os institutos possuem semelhança somente no tocante aos fatores inércia e tempo.

3.7.4.3 Preclusão e coisa julgada

Com grande acuidade enfatizou Liebman que a coisa julgada pode ser entendida como:

“a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna, assim, imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”.¹⁷¹

Assim, observa-se que Liebman caracteriza a coisa julgada como sendo uma qualidade especial da sentença, tornando imutáveis seus efeitos (coisa julgada material), ou imutável a própria sentença como ato processual (coisa julgada formal).

O legislador pátrio, no artigo 467 do Código de Processo Civil, estabeleceu que se denomina coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

¹⁷⁰ Antonio Alberto Alves BARBOSA, *Da Preclusão Processual Civil*, p. 122.

¹⁷¹ *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 50.

Repare-se que o legislador somente conceituou a coisa julgada material, deixando de adotar a mesma postura no tocante à coisa julgada formal, isto porque esta última estaria inserida no contexto da primeira, uma vez que na coisa julgada formal impede-se a rediscussão, no mesmo processo, de matéria já decidida.

Dessa forma, e levando-se em consideração o já afirmado acerca da preclusão, constata-se que ela é o meio para se conduzir o processo até seu termo final e, portanto, se obter a coisa julgada.

Porém, essa coisa julgada será a material e não a formal, a qual apresenta grande distinção e discussão com o instituto da preclusão, isto porque, em tornando a coisa julgada formal imutável, a sentença acarretará a imutabilidade de todas as demais questões e, conseqüentemente, a preclusão das mesmas.

3.7.5 Preclusão e produção de provas

Conforme os ensinamentos de Moacir Amaral Santos, o vocábulo “prova” é empregado em várias acepções:

“significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actos probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa

acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção”.¹⁷²

O legislador elenca o momento processual em que as partes deverão requerer as provas pertinentes à comprovação do alegado, eis que cabe a quem alega o ônus probatório. Consoante mestre Moacir,

“ônus – do latim *onus*, significa carga, fardo, peso. Traduz-se apropriadamente *onus probandi* por dever, necessidade de provar. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, de necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados”.¹⁷³

No artigo 333 do Código de Processo Civil, restou determinado que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No procedimento sumário, as provas deverão ser solicitadas na primeira manifestação das partes nos autos, conforme se depreende da análise conjunta do exposto nos artigos 276 e 278, ambos do Código de Processo Civil.

Quanto ao procedimento ordinário, o autor requererá as provas que pretende produzir na própria petição inicial e o réu, em sua contestação, sendo, no entanto, permitido nesse procedimento que as partes arrolem suas testemunhas dentro do prazo fixado pelo juiz ou, em sua omissão, dentro do prazo de dez dias antes da audiência (artigo 407 do Código de Processo Civil).

¹⁷² *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 335.

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 345.

No tocante à análise conjunta do instituto da preclusão com a produção de provas, observa-se que, se a parte não requereu as provas para demonstrar a veracidade dos fatos alegados, opera-se o instituto da preclusão consumativa.

Não obstante a regra de que a iniciativa da produção de prova cabe às partes, o juiz poderá também diante da busca da verdade determinar a produção de meios instrutórios do processo.

Com efeito, o artigo 130 do Código de Processo Civil expõe que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, constata-se que a liberdade da parte consiste no campo da propositura da ação e na sua defesa, porém, no que se refere ao andamento do processo, os poderes do juiz devem ser os mais amplos possíveis, em busca da verdade e justiça, levando-se em consideração a celeridade processual e o tratamento igualitário entre as partes.

Todavia, não obstante a amplitude dos poderes do juiz, observa-se que a iniciativa do magistrado será limitada apenas no tocante a garantir a imparcialidade da atuação, não podendo exorbitar de sua função, cabendo à colação as sábias palavras do mestre Cândido Naves para quem:

“nesse drama judiciário em que são personagens mais importantes o juiz e as partes, estas, naturalmente, vivendo seus papéis; aquele, em plano mais elevado, não envolvido por nenhum interesse de ordem particular, é natural que o juiz não se mova nem se pronuncie, senão para manifestar e agir segundo os propósitos do Estado, que outro interesse não pode ter, no processo, senão o do respeito às normas do direito objetivo que ditou, em função da paz social... suas incursões no processo devem ser comedidas, prudentes, isentas de qualquer eiva de interesse privado; sua atividade deve ser imparcial, seu comando sereno e imune à paixão. Tudo isso sem prejuízo da sua constante presença e vigilância, da sua atuação enérgica e decidida, sempre que os objetivos da sua missão reclamarem. Nem participação interessada ou facciosa, nem alheamento. Nem hipertrofia, nem ausência”.¹⁷⁴

Destarte, mesmo com a ocorrência de preclusão temporal das partes no tocante à produção de provas, poderá o juiz determiná-las de ofício, não sendo ele atingido pela preclusão consumativa em eventual caso de indeferimento anterior da prova pretendida por uma das partes.

3.8 Garantias constitucionais

No artigo 95 da Constituição da República, observa-se que aos magistrados, a fim de resguardar sua imparcialidade, são asseguradas garantias no exercício da função.

Diz o mencionado artigo 95:

“os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do

¹⁷⁴ *Op. cit.*, RF 263/47.

cargo nesse período de deliberação do Tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do artigo 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 39 parágrafo 4º, 150 inciso II, 153 inciso III e 153, parágrafo 2º, inciso I”.

Para Cândido Rangel Dinamarco:

“pelo que está nos incisos do artigo 95 do texto Constitucional, o juiz goza das garantias da vitaliciedade, pela qual em princípio pode permanecer no cargo ou na carreira desde a primeira investidura e até a morte; da inamovibilidade, que significa imunidade a transferências de um cargo a outro contra a vontade, mesmo por promoção; e da irredutibilidade de vencimentos, que o põe a salvo de quaisquer alterações substancialmente capazes de lhe diminuir a capacidade de adquirir bens. Visando a oferecer tranqüilidade e segurança aos juízes e, portanto sua independência perante os poderosos de todos os setores do Estado, essas garantias não são privilégios ou favorecimentos a uma casta de preferidos, mas, como sempre vem sendo enfatizado, meios de oferecer à população um serviço público realizado por agentes imparciais. Sem o temor de perder o emprego ou o cargo, ou de passar a perceber menos e assim pôr-se em dificuldades pessoais, é mais provável que o juiz deixe de ser reverente e, portanto, julgue melhor”.¹⁷⁵

3.9 Poderes do juiz

O vocábulo poder deriva do verbo latino *posse*, que significa ser capaz, ter poder. Para De Plácido e Silva,

“o poder como verbo é tomado no sentido de ser autorizado, ser permitido, dar autoridade, facultar, ter autoridade, e o poder como substantivo significa o

¹⁷⁵ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 395.

domínio e a posse, tidos sobre certas coisas, ou a faculdade, permissão, força ou autorização para que se possa fazer ou executar certas coisas”.¹⁷⁶

Dessa forma, em sendo a função de magistrado uma função pública, observa-se que no exercício dessa função é imprescindível a possibilidade de agir, ordenar, comandar para o exercício da atividade jurisdicional, atuando pelos critérios da legitimidade e da legalidade, ou seja, “o Estado só pode existir sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores”¹⁷⁷, dentro, obviamente, da estrita legalidade.

Doutrinariamente, há várias teorias que discutem a classificação dos poderes do juiz. A fim de sintetizá-la, podem ser assim divididos: poder de direção; poder ordinatório; poder instrutório; poder decisório e poder executório, conforme passaremos adiante a estudar em tópicos distintos.

3.9.1 Poderes de direção e ordinatório

O Código de Processo Civil estabeleceu, em seu artigo 125, que o juiz dirigirá o processo.

Ora, referida regra passa o entendimento que o juiz guiará o processo durante todo o seu trâmite até decisão final, exercitando esse poder não só com

¹⁷⁶ *Op.cit.*, p. 380.

relação às partes, mas também contra todos que indiretamente atuam na relação processual, controlando assim o bom andamento do processo, velando pela rápida solução do litígio.

Nessa modalidade de poder se subentende um poder de controle e fiscalização processual exercido pelo magistrado, que engloba desde a regularidade do processo (análise dos pressupostos processuais e condições da ação) até o seu poder de polícia para manter a ordem nos trabalhos.

3.9.2 Poderes instrutórios

Dispõe o artigo 130, do Código de Processo Civil, que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, observa-se que a expressão poder instrutório não é só o poder de determinar de ofício esta ou aquela prova, mas também de dirigir a instrução probatória e valorar as provas produzidas, não sendo exercido esse poder tão-somente por ocasião da sentença, mas sim em toda e qualquer fase processual em que o magistrado proferir alguma decisão, valendo-se da análise da prova produzida nos autos.

¹⁷⁷ Max WEBER, *Ciência e Política: duas vocações*, trad. Leônidas Hegenberg & Octany Silveira da Mota, p. 57.

3.9.3 Poderes decisórios

O termo decisão

“deriva do latim *decisio* significando o ato de decidir, ou seja, a solução que se dá a respeito dos fatos ou de certas coisas. Na acepção jurídica, decisão significa a solução que é dada a uma questão ou controvérsia pondo fim a ela por meio de uma sentença, despacho ou resolução e criando uma nova composição entre as partes contendoras ou litigantes”.¹⁷⁸

O juiz, ao exercitar seu poder decisório, deverá se ater às alegações apresentadas na lide, sendo consubstanciado em um ato de vontade, possuindo dois elementos essenciais, quais sejam, a deliberação e a ordem.

O magistrado exerce o seu poder decisório em qualquer um dos seus atos processuais, os quais podem ser denominados sentença, decisões ou despachos, conforme o objetivo emanado, não podendo ele se eximir de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, conforme se denota do teor do artigo 126, do Código de Processo Civil.

3.9.4 Poderes executórios

Para Vicente Miranda, o poder executório é o poder de coerção do juiz para cumprimento forçado ou para execução de suas decisões em geral (interlocutórias, sentenças e acórdãos). Os poderes executórios se exercitam no

processo de conhecimento, no processo cautelar, no processo de execução, nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária.¹⁷⁹

Como exemplificação dos poderes executórios, podem-se citar a requisição de força policial, o arrombamento, o seqüestro, a alienação de coisa comum, a prisão civil, entre outros.

Poder executório não se confunde com poder de execução, já que aquele pode ser exercido fora do processo de execução e, neste, se realizam outros atos e poderes judiciais além dos executórios.

3.10 Deveres do juiz

Os deveres do juiz estão elencados tanto na Constituição da República, como na Lei Orgânica da Magistratura e nos Códigos Judiciários dos Estados membros da Federação.

Na Constituição da República, podem-se intitular como deveres do juiz a obrigatoriedade do magistrado residir na comarca, bem como o dever de fundamentar todas as suas decisões, inclusive as administrativas (artigo 93, incisos VI, IX e X), além do que, é vedado ao juiz, ainda que em disponibilidade, exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, receber, a qualquer

¹⁷⁸ De Plácido e SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. I, p. 11.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 329.

título, custas ou participação em processo e dedicar-se à atividade política partidária (artigo 95, parágrafo único).

No que tange à lei Orgânica da Magistratura Nacional, os deveres dos magistrados estão elencados em seus artigos 35, 36, 39 e 41, e podem ser, assim, resumidos: dever de legalidade, de efetividade, de serenidade, de exatidão, de respeito a prazos, de correccionalidade de subordinados, de urbanidade, de atendimento urgente, de comparecimento pontual, de permanência até o fim do expediente, de conduta pessoal irrepreensível, de abstenção de atividade comercial e de exercício de cargo de direção ou técnico, de abstenção de manifestação de opinião sobre processo pendente, de informação mensal de produção pessoal e de propriedade de linguagem.

No Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-lei Complementar 3/69), foi editado um capítulo denominado “Dos deveres do magistrado” sendo que alguns desses deveres já se encontram descritos na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, sendo colocados como deveres, ainda não incluídos na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura, o uso da toga e declaração de impedimento ou suspeição.

Observa-se, portanto, que os deveres do juiz decorrem de imposição legal, porém, o rol desses deveres não é taxativo em virtude dos valores éticos e morais exigidos pela sociedade ao juiz, sendo que esses deveres se referem ao mínimo exigido para a correta e precisa prestação jurisdicional.

As faltas cometidas pelos juízes são apreciadas pelos órgãos correicionais e podem se resumir em aspectos mais atinentes à sua moral e conduta do que propriamente à sua atividade jurisdicional, mas é certo que não se pode conceber a idéia daquele juiz recluso ou com medo de realizar qualquer atividade. Ao revés, ao magistrado é exigido um comportamento acima do comum, porém ele não pode ficar alheio à realidade social que o cerca.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, editou a denominada Reforma do Poder Judiciário, introduzindo novas regras e ampliando as já existentes.

O Conselho Nacional de Justiça, instituído no artigo 103 da Constituição Federal, é composto de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. São seus membros: um ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; um ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da

República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo procurador-geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

A esse Conselho compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; receber e conhecer as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever,

de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do presidente do Supremo Tribunal Federal, a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

4. DAS MEDIDAS PROCESSUAIS PROVISÓRIAS

4.1 Noções Preliminares

Na procura de uma solução célere, segura e justa, sem grandes dispêndios econômicos e que propicie a efetividade do processo, acabaram-se colocando à disposição de todos normas adequadas à composição dos litígios, levando-se em conta as peculiaridades de cada demanda, reestruturando-se o direito processual e revisitando-se¹⁸⁰ alguns conceitos e definições, aprimorando-se, assim, o sistema jurídico para fins de combate à morosidade e falta de efetividade na distribuição da justiça.

Buscou-se, ainda, a partir da segunda metade do século XX, aproximar o Direito constitucional do Direito processual¹⁸¹, apresentando-se uma tendência mundial no sentido de elencar, no texto das garantias fundamentais, algumas que

¹⁸⁰ Movimento originário dos processualistas italianos tais como Ferri e Tarufo, cuja finalidade é aproximar os termos processuais (p.ex., jurisdição; ação; processo) à atualidade, diante da dinâmica do Direito.

“Para alcançar o fim colimado, sentiram os autores a necessidade de *revisitar* os institutos processuais no sentido de lhes dar nova visão ou configuração em harmonia com as exigências da vida moderna”. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. João Batista LOPES, p. 21.

¹⁸¹ Entre outros: Capelletti; Denti; José Frederico Marques; Kazuo Watanabe; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco; José Roberto dos Santos Bedaque.

se relacionem com o processo, objetivando alcançar a tão almejada ordem jurídica justa.¹⁸²

Igualmente reforçou-se a noção de instrumentalidade do processo, no sentido de resgatar a finalidade dos institutos processuais, como instrumento para a consecução da justiça.

O amparo do Poder Público aos titulares de direitos sofreu, nestes últimos anos, significativa transformação, permitindo que surgisse a necessidade de uma tutela diferenciada que atendesse com eficácia aos anseios dos jurisdicionados.

O termo “tutela” deriva do latim *tutela*, de *tueri* (proteger), e vulgarmente entende-se como proteção, assistência instituída em benefício de alguém.¹⁸³

A tutela estatal surge assim quando é vedada a autotutela, ou seja, a justiça de mãos próprias.

Dessa forma, a tutela jurisdicional pode ser compreendida como o monopólio conferido ao Estado (jurisdição), representado neste caso pelo Poder Judiciário, para, no exercício de sua função, garantir a paz social, solucionando os conflitos a ele encaminhados, aplicando a norma ao caso concreto.

¹⁸² “Em resumo: a) o direito processual constitucional é um método de exame do sistema processual à luz dos preceitos contidos na Constituição; b) ele inclui a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades; c) operam em dois sentidos as relações entre a Constituição e o processo: a Constituição, cercando o sistema processual de princípios e garantias, o sistema processual, servindo de instrumento de atuação dos preceitos contidos na Constituição”. Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 191.

¹⁸³ De Plácido e SILVA, *Vocabulário Jurídico*, p. 427.

É certo que o Direito surgiu como fator de controle social, buscando a integração do homem com a própria sociedade em que vive, assegurando o crescimento dos agrupamentos humanos, sendo que Direito e sociedade são conceitos intimamente interligados, uma vez que, onde se encontra uma sociedade estruturada, também se encontrará o Direito regulando a atividade humana (*Ubi societas, ibi jus*).

Deveras, instalado o Estado Democrático de Direito, representado pela tripartição de poderes, passou ele a monopolizar a elaboração do ordenamento jurídico positivo (atividade legislativa), a administrar a organização social (atividade executiva) e a distribuir a justiça de forma a dirimir os conflitos de interesse (atividade judiciária).

Porém, esses poderes devem atuar de maneira harmônica, não obstante a distinção entre eles, aliás, aludida lição advém daquele que é considerado o idealizador da “separação dos poderes”.

Todavia, Montesquieu não apresentou uma efetiva separação de poderes, mas tão-somente caracterizou-os para fins de atuação em pleno equilíbrio, asseverando que a constituição fundamental do governo é baseada em um

“corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas, como, pelo movimento

necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo”.¹⁸⁴

Para os fins visados neste estudo, interessa analisar a atividade judiciária, a qual, por seu turno, se manifesta através do exercício da “jurisdição”.

O vocábulo “jurisdição” compreende o poder de julgar decorrente do *imperium* pertencente ao Estado, sendo que este, por delegação, o confere às autoridades judiciais.

Para Liebman, a jurisdição consiste na “atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o Direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.¹⁸⁵ Por meio da função jurisdicional, o Estado realiza o disposto na norma jurídica mediante a declaração da lei a ser aplicada no caso concreto ou através de medidas coercitivas para satisfazer a regra jurídica.

A tutela jurisdicional está intimamente ligada à idéia da efetividade do processo, eis que

“a tutela jurisdicional, no Direito moderno, ao contrário do que sucedia no Direito Romano Clássico, não se limita à simples declaração de que o demandante tem razão e de que a situação de direito material de que o mesmo se dizia titular, na causa, era realmente existente e verdadeira: estendida também a todos as formas de execução (*rectiuns*, realização) do direito judicialmente firmado, existente o mesmo monopólio estatal, incumbirá ao juiz prolongar a tutelar jurisdicional e, pronunciada a sentença de procedência, realizar por meio de uma segunda atividade (ação), o direito que a sentença

¹⁸⁴ *Espírito das Leis*, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, p.161.

¹⁸⁵ Enrico Tullio LIEBMAN. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, p. 7.

reconhecerá existir em prol do autor. Aqui, neste segundo momento da função jurisdicional, o Estado solidariza-se com o titular do direito que ele reconheceu ter razão, substituindo a originária atividade privada de realização do direito por uma forma de atividade estatal correspondente. Esta segunda forma de atividade jurisdicional, que o Estado presta apenas no caso de a ação ser procedente, corresponde ao auxílio estatal para a realização do direito material que ele próprio reconheceu como existente e merecedor de proteção jurisdicional”.¹⁸⁶

Para Cândido Rangel Dinamarco,

“O Estado, ao estabelecer as normas que hão de disciplinar a maneira de se realizar o processo, procura fazê-lo de forma a atingir aqueles ideais. O legislador procura, então, disciplinar o procedimento segundo um critério de *funcionalidade*: ela há de conter os atos mais idôneos, e entrelaçados da maneira mais idônea, a chegar a uma solução rápida e justa da lide proposta¹⁸⁷, sendo que a ‘tutela jurisdicional constitui o grau mais elevado na escalada que vai da mera faculdade de ingresso em juízo, passa pela ação e pelo efetivo direito ao provimento de mérito e só finalmente chega a ela’”.¹⁸⁸

José Roberto dos Santos Bedaque define que a “tutela jurisdicional nada mais é do que a efetiva proteção que a função jurisdicional confere àquele cuja situação da vida encontra-se amparada pelo direito substancial”.¹⁸⁹

A tutela jurisdicional está intimamente ligada à idéia da efetividade do processo com uma maior simplificação das técnicas processuais, não se perdendo de vista o respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, em última análise, do devido processo legal.

Deveras, o apego à forma em detrimento da essência, muitas vezes, impede o acesso à ordem jurídica justa, afastando a efetividade do processo.

¹⁸⁶ Ovídio Baptista da SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 102..

¹⁸⁷ Cândido Rangel DINAMARCO, *Direito Processual Civil*, p. 82.

¹⁸⁸ *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 822.

¹⁸⁹ *Direito e processo*, p. 76.

O formalismo processual não possui uma conceituação específica, mas exprime situações em que o alcance do direito perquirido se mostra, muitas vezes, maçante e cansativo.

Tais situações poderiam ser resumidas em uma só vertente: a duração do processo. Muito se discute sobre qual seria a duração razoável para um processo, levando-se em consideração que, com a simples redução desse prazo, sem a segurança jurídica, não haveria a ordem jurídica justa.

O equilíbrio do binômio celeridade-segurança deve ser buscado pelo magistrado, a fim de ser atingida a efetividade do processo.

Mas, se a duração do processo deverá ser menor, como alcançar essa segurança?

As inovações trazidas pelas Leis nº 10.444, de 7 de maio de 2002, nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, nº 11.276 e nº 11.277, ambas de 7 de fevereiro de 2006, nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 e nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, bem como a Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu como direito fundamental, a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República) com certeza, são mais uma tentativa do legislador em buscar a efetividade do processo com a eliminação de atos processuais que, de forma alguma, não interfiram na cognição e na violação ao princípio do devido processo legal, mas

que, com sua eliminação e simplificação, acarrete uma melhora na duração do processo.¹⁹⁰

De fato, as alterações para a efetivação da tutela antecipada (artigo 273 do Código de Processo Civil); a improcedência do pedido *prima facie*, autorizador da rejeição liminar da petição inicial; a instituição da chamada súmula impeditiva de recursos; a possibilidade de o juiz declarar de ofício a cláusula de eleição de foro; a utilização dos meios eletrônicos para a prática e a comunicação dos atos processuais, inclusive com a instauração do processo digitalizado em conformidade com a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006¹⁹¹; bem como as novas regras para o recurso de agravo e para o cumprimento das sentenças e demais títulos executivos judiciais que determinam o pagamento de importância em dinheiro, são as novas técnicas processuais introduzidas no sistema processual pátrio para enfrentar o crescente número de demandas a fim de possibilitar a compatibilização entre a forma e o direito substancial, bem como o equilíbrio entre a segurança jurídica e a celeridade.

Desse modo, é plenamente possível que um processo, cuja duração seja em um prazo razoável, contenha a segurança jurídica pertinente, com a

¹⁹⁰ Para André Luiz NICOLITT “o direito a um processo em tempo razoável é um direito correlato ao direito ao devido processo ou ao processo justo e equitativo. Em outras palavras, o processo com duração razoável nada mais é do que uma consequência lógica do devido processo, ou mesmo um aspecto deste”. *A duração razoável do processo*, p. 8.

¹⁹¹ Na Comarca da Capital de São Paulo há projeto de instalação dos Foros Regionais da Freguesia do Ó e do Butantã, onde os processos serão digitais, sendo que um deles, Freguesia do Ó, já foi instalado, tudo em conformidade com o exposto na Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

simplificação de atos processuais repetitivos e que não influenciem na análise do mérito.

Porém, isso só não basta. Ao se falar do juiz, no Capítulo II deste trabalho, verificou-se a necessidade de um fortalecimento do Poder Judiciário em sua estrutura. Com efeito, o que adianta, por exemplo, a desburocratização na fase recursal, se os tribunais não possuírem meios para o escoamento dos recursos acumulados, não bastando a periodicidade dos denominados “mutirões”, para minimizar o problema?

Voltando à análise para a tutela jurisdicional, considerando-se que o processo tem a mesma natureza da tutela que se busca, a tutela jurisdicional pode apresentar-se de três formas distintas e diferentes, quais sejam: tutela jurisdicional de cognição ou conhecimento (tutela definitiva e satisfativa); tutela jurisdicional de execução (tutela para consagrar um direito já reconhecido, cuja satisfatividade ocorre com a entrega do bem jurídico perquirido) e tutela jurisdicional cautelar ou de assecuração (tutela provisória e não satisfativa), coexistindo em qualquer uma delas a tutela jurisdicional diferenciada.

É certo que, para que o Estado possa exercer a atividade jurisdicional, é imprescindível a previsão de um instrumento que a viabilize, qual seja, o processo.

A doutrina atribui ao processo um primeiro aspecto substancial e um segundo aspecto formal.

Sob o ponto de vista substancial, o processo instaura uma relação jurídica entre autor, réu e Estado-juiz, tal como na célebre definição de Bulgarus: *“judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei”*.¹⁹²

Já o aspecto formal está ligado à noção de que o processo se exterioriza por uma seqüência de atos coordenados e disciplinados, tendentes à composição do litígio.

A classificação das modalidades do processo é inerente à natureza do provimento jurisdicional buscado pelas partes, havendo a tripartição em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

O processo de conhecimento é o mais amplo e freqüente dentre os demais. Através dele as partes provocam o Estado a fim de dirimir a questão apresentada, com o objetivo de que a pessoa investida na atividade jurisdicional profira uma decisão de mérito que pode ser de cunho declaratório, constitutivo ou condenatório.

Este tipo de processo inicia-se através de uma petição distribuída ao Juízo competente, chegando ao seu término com uma decisão definitiva, sendo que

¹⁹² *Op. cit.*, Antonio Carlos de Araújo CINTRA, p. 280.

entre estes dois pontos realizam-se numerosos atos processuais, cabendo às partes inclusive a produção de provas.¹⁹³

Mencionada decisão definitiva poderá ser de cunho declaratório (declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica com a força do ato da autoridade), condenatório (declara uma incerteza jurídica e aplica a sanção cabível pela violação da norma), constitutivo (cria, modifica ou extingue uma relação jurídica formando um estado jurídico novo), mandamental (possuindo como característica a imediata realização do direito litigioso, reconhecido na sentença decorrente de um procedimento de cognição, mediante ordem conferida nessa mesma decisão que declarou o direito)¹⁹⁴ e executiva “*lato sensu*”.

O processo de execução, por sua vez, tem como base um título executivo, apto para satisfazer um crédito, o qual deve ser líquido, certo e exigível. Nele não é apreciado o mérito da questão, mas somente os requisitos exigidos para a comprovação da eficácia e exeqüibilidade do título. Possui, também, como ponto inicial uma petição, obtendo o feito seu término quando cumprida a prestação solicitada, como por exemplo, a entrega da coisa ou a entrega da quantia certa¹⁹⁵, sendo, portanto, uma atividade jurisdicional satisfativa.

O processo cautelar, por derradeiro, visa garantir de forma preventiva, provisória e urgente, uma providência jurisdicional solicitada, assegurando a

¹⁹³ *Op. cit.*, Moacyr Amaral SANTOS, p. 276.

¹⁹⁴ Pontes de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 65.

permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estado último da prestação jurisdicional.¹⁹⁶

Assim, ressalte-se que as medidas concedidas para antecipar o provimento judicial final, tanto na cognição de conhecimento, tanto na cognição cautelar, são provisórias, podendo, assim, serem denominadas medidas processuais provisórias ou preventivas.

4.2 Tutela jurisdicional diferenciada

Procurando-se aproximar ainda mais o processo com o direito subjetivo, foi apresentada pela doutrina uma outra forma de tutela jurisdicional, qual seja, a tutela jurisdicional diferenciada.

A expressão **tutela jurisdicional diferenciada** foi originariamente empregada na Itália, por Andrea Proto Pisani, a fim de ressaltar a necessidade da previsão legal de vários procedimentos, estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situação substanciais, destinando-se a:

“1) evitar o alto custo do processo de cognição plena e exauriente nos casos em que não se vislumbra oposição séria e justificada do réu; 2) evitar o abuso de direito de defesa; 3) garantir a efetividade da tutela jurisdicional aos direitos de índole não patrimonial, que, se lesionados, podem tornar-se de impossível reparação pela demora do processo”.¹⁹⁷

¹⁹⁵ *Op. cit.*, Moacyr Amaral SANTOS, p. 276-277.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 277.

¹⁹⁷ Andréa Proto PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, p. 213-215/244-246

Para Donaldo Armelin,

“A temática de uma tutela jurisdicional diferenciada, posta em evidência notadamente e também em virtude da atualidade do questionamento a respeito da efetividade do processo, prende-se talvez mais remotamente à própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela. Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tónus de efetividade”.¹⁹⁸

Por fim, para João Batista Lopes, a tutela jurisdicional diferenciada é “o conjunto de instrumentos ou técnicas para fazer o processo atuar eficazmente, em tempo razoável, garantindo a adequada proteção dos direitos, segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica”.¹⁹⁹

Dentro do campo da denominada tutela jurisdicional diferenciada encontram-se as chamadas “tutelas de urgência”²⁰⁰, salientando-se que nem toda tutela de urgência é tutela cautelar, uma vez que as “tutelas de urgência” além de englobarem as medidas liminares, cautelares ou não, abrangem também as antecipações dos efeitos do provimento final, mais conhecidas como antecipação da tutela.

¹⁹⁸ *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, Repró 65/45

¹⁹⁹ *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 39.

²⁰⁰ José dos Santos BEDAQUE esclarece que a “tutela cautelar e a tutela antecipatória são modalidades de tutela jurisdicional que, com variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, podem ser classificadas numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação de *tutelas de urgência*”. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*, p. 24.

4.3 Medidas liminares – Aspectos gerais

4.3.1 Conceito de medida liminar

Tendo em vista a dinâmica da ciência do Direito, a medida liminar assume importância ímpar diante da sua celeridade e adequação para solucionar os conflitos, objetivando uma ordem jurídica justa e rápida, sem perder de vista o aspecto da segurança processual, diante da antecipação dos efeitos do provimento final, desde que comprovados de plano o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni iuris*”.

Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que

“toda liminar antecipa ‘algo’ e é concedida com base em prova não exauriente, embora a sumariedade da cognição do juiz possa variar em grau, na dependência do tipo de liminar que se trate. Há liminares para cuja concessão se exige dose menor de probabilidade de que se tenha o direito alegado, como, v.g., nas cautelares, e outras há em que se exige da parte a demonstração quase que exauriente de que tem direito, como no Mandado de Segurança”.²⁰¹

O vocábulo “liminar” é originário do latim *liminaris*, oriundo de *limmen*, cuja acepção do termo é limiar, entrada, porta. Assim, a medida liminar surge com objetivo exclusivo de assegurar a eficácia do processo de escopo satisfativo, afastando-se os riscos oriundos da demora na solução da lide, evitando-se, dessa forma, a deterioração de um bem ou de uma situação.²⁰²

²⁰¹ *Das liminares: uma apresentação*, in *Liminares – repertório de doutrina e jurisprudência*, p. 7.

²⁰² A medida liminar está prevista em inúmeros diplomas legais, entre os quais: Lei nº 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança); Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular); Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil).

No entanto, ainda muito se discute sobre a extensão do que pode ser antecipado para fins de concessão da medida liminar.

Levando-se em consideração que a sentença pode ter cunho declaratório, constitutivo, condenatório e mandamental, tudo o que será dito nesse sentido no tocante à antecipação dos efeitos da tutela, também é de ser aplicado à medida liminar.

Dessa forma, não cabe a concessão de medida liminar para antecipar os efeitos preponderantemente declaratórios ou constitutivos da sentença ou ainda antecipar o próprio mérito do julgamento²⁰³, isto porque em tais situações, se fosse possível a concessão da liminar, estar-se-ia antecipando os efeitos principais da sentença, os quais atuam no mundo jurídico e não os efeitos secundários, os quais atuam no plano fático.²⁰⁴

Outra discussão sobre a noção da definição de medida liminar diz respeito ao momento em que deverá ser proferida a decisão. Inexiste entendimento pacífico a respeito.

²⁰³ Por exemplo, declarar em sede de liminar a rescisão de um contrato.

²⁰⁴ Nesse sentido: Betina Rizzato LARA (*Liminares no Processo Civil*, p. 21); Ovídio Baptista da SILVA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 122); Luiz ORIONE NETO (*Liminares no Processo Civil*, p. 14), entre outros.

Com efeito, ao se verificar o significado literal do termo liminar, observa-se que se trata de um adjetivo, significando “posto à entrada, à frente; que antecede o assunto ou objeto principal”²⁰⁵.

Assim, a impressão que fica é que a medida liminar deverá, incondicionalmente, ser analisada logo após a distribuição da petição inicial, sem a prática de qualquer outro ato processual que a anteceda. Entendimento esse adotado, entre outros, por Adroaldo Furtado Fabrício, o qual esclarece que a “liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação”.²⁰⁶

Todavia, discordamos de tal entendimento, adotando a outra vertente doutrinária, qual seja, de que a medida liminar, pode ser analisada e concedida após audiência de justificação prévia do alegado, nos casos em que há previsão legal para tanto, isto porque, inexistente qualquer juízo decisório na designação de audiência de justificação prévia do alegado, sendo que a realização de atos processuais ordinatórios em nada retira o caráter liminar da decisão a ser proferida, mesmo que se tenha efetivado a citação do réu para comparecimento à aludida audiência.²⁰⁷

4.3.2 Características

²⁰⁵ Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, p. 1.032.

²⁰⁶ Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares, *in Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Coord. José Carlos Barbosa Moreira, p. 25.

²⁰⁷ Comunga desse entendimento Betina Rizzato LARA (*Op. cit.*, p. 28).

4.3.2.1 Urgência

Cumpra consignar que se engloba como características da medida liminar o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, no entanto, esses dois requisitos, além de caracterizarem a medida liminar também figuram como condição de admissibilidade da tutela cautelar pretendida. O primeiro é situado no campo da possibilidade jurídica e o segundo no do interesse.

Já se mencionou que a medida liminar (cautelar ou não) constitui espécie do gênero tutela de urgência. Desse modo, sua principal característica é a urgência, ou seja, uma situação de perigo iminente ou de dano oriunda da demora do provimento final, porém, tal característica de urgência não é exclusiva das medidas cautelares, podendo ser encontrada em outros provimentos, tais como, por exemplo, o possessório, o monitório e injuncionais, conforme adverte Ovídio Baptista da Silva.²⁰⁸

Como preleciona Luiz Orione Neto:

“A urgência constitui, sem dúvida alguma, o requisito necessário e indispensável à concessão de uma liminar. É, por assim dizer, o seu pressuposto *sine qua non*. Apenas quando há urgência é que o sistema permite que o juiz não aguarde o momento natural para a concessão da providência que normalmente só se concretizaria com a sentença. O processo, como instrumento de realização do direito objetivo, demanda um certo tempo, sendo inevitável a mora processual. (...) Destarte, para evitar que o processo não reverta em dano a quem tem razão, uma das maneiras encontradas pelo legislador para solucionar este problema foi a antecipação, através da concessão liminar, dos efeitos fáticos da futura sentença”.²⁰⁹

²⁰⁸ A ação cautelar inominada no direito brasileiro, p. 21

²⁰⁹ *Liminares no Processo Civil*, p. 39-40.

A urgência caracterizadora da liminar na tutela cautelar é oriunda do “*periculum in mora*”.²¹⁰ Observe-se que o dano potencial ou risco de dano, além de ser um dos pressupostos para a concessão da liminar, é também uma das condições da tutela cautelar.

Nessa ordem de idéias, segundo Ovídio Baptista da Silva, são condições específicas:

“I - Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II - A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança: *fumus boni iuris*.

A aparência do bom direito – “*fumus boni iuris*” – trata de um juízo de verossimilhança e não de certeza, isso porque basta o mero fato semelhante à verdade para fazer com que o juiz, no momento da concessão da liminar acredite no afirmado pela parte”.

Como se sabe, a finalidade do exame de possibilidade jurídica do pedido, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque,

“é permitir que o juiz verifique, antes de proceder à cognição profunda e exauriente da relação material, se o provimento pleiteado pode, em tese, ser favorável ao autor. Ou seja, se a tutela pode ser prestada. Conclusão contrária revela que todo o esforço a ser desenvolvido pelo Estado resultará ineficaz, razão porque ele se nega a prosseguir (...)”.

E continua:

“Impossibilidade jurídica, como condição da ação, é aquela denominada por alguns como absoluta, ou seja, a negativa genérica da pretensão no

²¹⁰ Betina Rizzato LARA esclarece que “não obstante a inexistência desta vinculação obrigatória entre urgência e dano no caso das liminares, admitimos que, quando esta vinculação ocorre, a urgência ganha um especial relevo, isto é, se torna mais visível numa análise superficial”. *Op. cit.*, p. 25.

ordenamento jurídico. A análise de circunstâncias concretas de um pedido admitido em tese implica exame de mérito”.²¹¹

Como preleciona Luiz Orione Neto,

“a urgência desempenha papel relevante em matéria cautelar. Assim, por exemplo, a urgência faz competente juiz que não é o da causa, sem excluir, contudo, a competência do juiz da causa. Faz competente o juiz da causa, mesmo suspenso o processo. Faz competente o juiz da causa, mesmo cessado seu ofício com a decisão de mérito. Faz competente o relator, mesmo já conhecida a Câmara ou Turma competente para o recurso. Mas, essas competências deferidas em face da urgência são competências para prover transitoriamente, substituindo sempre a competência que poderíamos chamar de predominante – a do juiz do processo principal, a do órgão colegiado a que competir o conhecimento e julgamento do recurso”.²¹²

Pela regra contida no artigo 798 do Código de Processo Civil, o receio do dano necessita ser fundado, sendo que sua plausibilidade passa pelo crivo de avaliação do magistrado, devendo ele atentar ao fato de estar comprovada futura alteração ou modificação de situação atual com a ocorrência de dano a alguém.²¹³

4.3.2.2 Cognição sumária

Cognição é um ato de valoração judicial. De fato,

“a cognição é a atividade judicial que produz uma relação entre o magistrado, o sujeito cognoscente e o objeto controvertido, litigioso (ou cognoscível), ou seja,

²¹¹ *Direito e Processo*, p. 80.

²¹² *Liminares no processo civil*, p. 41.

²¹³ “No âmbito da cautelar cabe, apenas, ao julgador perquirir da possibilidade do dano grave conseqüente à ineficácia do processo principal, do *periculum in mora* e dos indícios de um possível direito *fumus boni iuris* a ser acautelados. Tais são as condições ou requisitos específicos da tutela cautelar (Ac. unân. da 8ª Câm. do TJRJ de 22/10/85, no agr. 9.476, rel. des. Eugênio Sigaud).

é a atividade que coloca em contato aquele que irá conhecer e o objeto a ser conhecido”.²¹⁴

A medida liminar possui como característica a sumariedade da cognição, tanto em seu aspecto material como em seu aspecto formal, uma vez que seu procedimento em comparação aos outros, previstos na legislação, é abreviado e, diante da urgência da medida, o grau de conhecimento inicial dos fatos é menor, havendo uma análise superficial do conflito, fundando-se o magistrado em um juízo de verossimilhança.

Com efeito,

“A liminar, por pressupor a urgência, não se coaduna com uma cognição exauriente pelo simples fato de que este tipo de cognição acarreta a demora que ela justamente pretende atenuar. Uma cognição aprofundada tornaria a medida liminar inócua ao fim a que se destina”²¹⁵.

4.3.2.3 Provisoriedade

A provisoriedade está relacionada com o tempo de duração atribuído à liminar concedida.

²¹⁴ Luiz Antonio NUNES, *Cognição Judicial nas Tutelas de Urgência*, p. 33.

²¹⁵ Betina Rizzato LARA, *Liminares no processo civil*, p. 27.

De fato, diante do caráter preventivo da liminar e, principalmente, em virtude de a liminar antecipar o provimento judicial final, outra não poderia ser a existência da característica da provisoriedade.

Não se pode confundir provisoriedade com temporariedade, apesar da similitude dos vocábulos. Em uma interpretação literal, o temporário é algo que dura algum tempo e depois acaba e o provisório é algo que espera o definitivo chegar para acabar.

Donaldo Armelin ensina que “enquanto aquilo que é temporário, embora seja limitado no tempo, pode ser em si bastante, no sentido de prescindir de outras providências, o provisório é algo que aguarda o definitivo”.²¹⁶ No mesmo sentido, é a lição de Lopes da Costa:

“Temporário, em verdade, é o que dura determinado tempo. Provisório, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o definitivo. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; provisório, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue”.²¹⁷

Destarte, é certo que as liminares não podem subsistir indefinidamente, concedidas com base na cognição sumária, porque assim estar-se-ia criando uma tutela que se arrastaria e perduraria no tempo, sem qualquer solução. Ao contrário, a liminar exige sua confirmação ou revogação a final para a satisfação do direito perquirido, sob pena de se criar uma situação de insegurança jurídica.

4.3.2.4 Revogabilidade

²¹⁶ A tutela jurisdicional cautelar, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 23, p. 122.

Por se tratar de uma medida provisória, a liminar poderá, a qualquer tempo, até a prolação da decisão final, ser revogada²¹⁸, mas desde que ocorra um fato novo para esse fim, não podendo ocorrer revogação *ex-officio* sem qualquer modificação no campo fática, uma vez que caracterizaria a denominada preclusão *pro judicato*.

4.4 Liminar em ação cautelar - Tutela cautelar

Conforme já afirmado anteriormente, o processo cautelar visa garantir de forma preventiva e provisória, em caráter de urgência, a efetividade do provimento final.

Várias teorias traçaram os atuais contornos da tutela cautelar.

Chiovenda afirma que a “medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico” (...) “para garantir uma suposta vontade da lei, evidentemente no processo principal”.²¹⁹

A fim de complementar aludido entendimento, uma vez que não houve por parte de Chiovenda referência ao perigo da mora²²⁰, firmou Calamandrei o entendimento de que a tutela cautelar é a “antecipação provisória de certos

²¹⁷ Medidas Preventivas, p. 16.

²¹⁸ Artigo 807 do Código de Processo Civil: ‘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’.

²¹⁹ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 272 e 273.

²²⁰ “Esse conceito ficou incompleto porque é preciso frisar que o receio em todas as ações, em todas as relações jurídicas, mas característica da ação cautelar é que o perigo decorra da mora, em alcançar a realização do direito”. Willard de Castro VILLAR, *Ação Cautelar Inominada*, p.63. (

efeitos da providência definitiva, antecipação justificada pela necessidade de prevenir o dano que pode resultar da demora desta”.²²¹

Por fim, Carnelutti avançou na definição de tutela cautelar, incluindo nesta o pressuposto “urgência” da medida, esclarecendo que “toda a matéria tem o caráter de urgência, e se não o tiver não há necessidade de uma providência diversa da providência definitiva”.²²²

Assim, a tutela cautelar é eminentemente processual, eis que procura assegurar o direito pretendido no processo principal.

Donaldo Armelin aduz que

“a tutela jurisdicional cautelar como uma garantia adicional à eficácia da prestação de tutela jurisdicional satisfativa, e, inclusive, algumas vezes, como meio de assegurar a própria justiça no processo com a manutenção do equilíbrio entre os litigantes...serve, destarte, a tutela jurisdicional cautelar para suprir as deficiências do processo veiculador de uma pretensão à tutela jurisdicional satisfativa, principalmente do processo de cognição plena e exaustiva, no qual o fato tempo é maximizado em favor de garantias das partes quanto a uma prova ampla e uma maior possibilidade de uma prestação justa de tal tutela, concebida essa justiça como uma ideal adequação dos fatos à norma que os discipline”.²²³

Dessa forma, a tutela cautelar objetiva garantir, com urgência, o cumprimento de decisão a ser proferida em ação de conhecimento ou de execução, possuindo, portanto, caráter provisório.

4.5 Liminar em mandado de segurança

²²¹ *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, p.20.

²²² *Instituciones del processo civil*, vol. III, trad. Esp. Santiago Sentis Melendo, p. 218.

O mandado de segurança está previsto na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIX, o qual dispõe:

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Na legislação infraconstitucional, observa-se a conceituação do mandado de segurança no disposto no artigo 1º da lei nº 1.533/51.

Para efeitos de análise do pedido liminar em mandado de segurança, deve-se levar em consideração o disposto no artigo 7º, inciso II, da lei nº 1.533/51. Os requisitos podem ser englobados nas expressões *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, devendo ser analisados conjuntamente.

O primeiro requisito (relevante fundamento) pressupõe a idéia de urgência na tutela, relacionando-se assim com o *periculum in mora*. Entende-se como fundamento relevante algum fato que possivelmente acarrete a procedência do pedido inicial, “devendo ser entendido como a alta plausibilidade de ganho do mandado de segurança pelo impetrante”.²²⁴

O “*fumus boni iuris*” está englobado dentro da exigência de comprovação de direito líquido e certo do impetrante, ou seja, no caso do mandado de segurança, exige-se um *plus* a mais, não basta a fumaça do bom direito, exige-se

²²³ A Tutela Jurisdicional Cautelar, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, vol. 23, p. 112.

a demonstração de plano, já na petição inicial do direito líquido e certo do impetrante violado pela autoridade coatora.

4.6 Tutela antecipada

4.6.1 Conceito

Da mesma forma da liminar (cautelar ou não), a tutela antecipada é uma espécie de medida processual provisória, englobada pelas denominadas tutelas de urgência.

O instituto da tutela antecipada foi introduzido em nosso sistema de normas a partir da edição do artigo 273 do Código de Processo Civil²²⁵, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e alterada parcialmente pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Contudo, mesmo antes da sua previsão legal, observa-se que, em algumas situações distintas, já era possível a antecipação dos efeitos da sentença, como, por exemplo, a liminar da ação de busca e apreensão (Decreto-lei nº 911/69), a liminar contida no parágrafo 3º, do

²²⁴ Cássio S. BUENO, *Mandado de Segurança*, p. 86.

²²⁵ “Artigo 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; II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu...”.

artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor²²⁶ e a liminar prevista no artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²²⁷

Historicamente, encontra-se no Direito Romano a tutela antecipada na figura dos *interditos*²²⁸, criados na época como forma de tutela de urgência, concentrando todos os atos processuais em uma única fase, acarretando a antecipação da decisão final, a ser executada imediatamente.

A tutela antecipada se diferencia da tutela cautelar principalmente porque esta última é caracterizada pela cautelaridade da medida e a primeira pela satisfatividade do direito, ou seja, a antecipação dos efeitos da tutela satisfaz o direito material perquirido pela parte e a tutela cautelar tão-somente garante a efetividade do processo principal, onde se discutirá o direito material.

Para Athos Gusmão Carneiro, é perceptível

“a profunda diferença entre as providências que objetivam apenas garantir a ‘justiça’ e a eficiência prática da futura (provável) sentença, e aquelas providências que antecipam, integrando-o no patrimônio jurídico do autor (no todo ou em parte), exatamente aquele bem da vida postulado pelo demandante. As primeiras eram e são realmente cautelares, *stricto sensu*. As segundas, embora sob as ‘vestes processuais’ das medidas cautelares, revestem-se de natureza satisfativa”.²²⁹

²²⁶ § 3º do art. 84 do CDC: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

²²⁷ Art. 213 do ECA: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”.

²²⁸ “Ordem emanada em uma causa referente às partes, geralmente de caráter proibitivo, ditada pelo magistrado em virtude de seu *imperium*’, mediante solicitação da parte interessada, para fazer cessar um ato danoso executado em prejuízo do solicitante”. Umberto CUENCA, p. 323.

²²⁹ *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 6.

Dessa forma, a tutela antecipada foi inserida dentro no nosso ordenamento jurídico como sendo mais um dos institutos que têm como finalidade precípua amenizar os efeitos prejudiciais no atraso da prestação jurisdicional, podendo ser conceituada como decisão de cunho interlocutório, cuja finalidade é a satisfação, ainda que provisória, do direito perquirido pelo requerente, desde que preenchidos os pressupostos legais.

4.6.2 Objeto

É certo que, para a efetivação de uma decisão judicial, deverá ser levada em consideração toda a matéria argüida pelas partes, bem como analisadas todas as provas apresentadas, dentro da respeitabilidade dos princípios processuais constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a fim de não ocorrer desequilíbrio entre os litigantes.

Dividem-se as ações de conhecimento em condenatórias, constitutivas e declaratórias. As ações condenatórias objetivam infligir uma obrigação a ser cumprida pelo demandado. As ações constitutivas buscam a criação, a modificação ou a extinção de direitos. Já as ações declaratórias são as que se limitam à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento.²³⁰ Para Pontes de Miranda existem ainda outras duas espécies, quais sejam, as ações mandamentais e as ações executivas *lato sensu*, aquelas, em apertada síntese, reclamam um comando imediato do juiz para que se faça ou se deixe de fazer alguma

²³⁰, *Op. cit.*, Humberto THEODORO JÚNIOR, p. 60.

coisa e, estas, contêm na sentença uma carga executiva que torna despiciendo o processo de execução.

Ressalte-se que todas as ações de cunho constitutivo ou condenatório possuem em seu bojo uma natureza declaratória, porém a ação declaratória por si só busca, tão-somente, a declaração de vínculo ou não entre as partes ou a declaração de autenticidade ou não de algum documento.

Assim, o objeto da tutela antecipada é analisado, levando-se em consideração o provimento final pretendido pelo autor, ou seja, se for de cunho declaratório, condenatório ou constitutivo ou, ainda, mandamental e executivo *lato sensu*.

Na lição de Pontes de Miranda, “a ação declaratória é o ser ou não ser da relação jurídica; é ação no plano da existência”²³¹, sendo que para ele não há ações *meramente* declaratórias, mas sim ações *preponderantemente* declaratórias.

A existência de uma relação jurídica objeto do pedido de declaração somente será proclamada, pelo juiz, na sentença, de tal forma que o magistrado não poderá declarar uma relação jurídica provisória, quando lhe seja lícito antecipar alguns efeitos práticos, em favor do autor, decorrentes do pedido de declaração.

²³¹ Tratado das Ações, p. 67.

Assim, a eficácia declaratória se dá ao mesmo tempo com o trânsito em julgado, sendo incoerente a sua antecipação. Sendo revogável a declaração, ao longo do procedimento, a antecipação de tutela não pode ser provisória pela necessidade de conferir juízo de segurança e certeza.

As ações constitutivas pressupõem uma eficácia declaratória e, ainda, contêm a alteração de um estado ou de uma relação jurídica. Para constituir ou desconstituir uma relação jurídica é necessário declarar. Daí surgirá o mesmo problema das ações declaratórias.

Como se dará a certeza jurídica baseada em uma cognição sumária? Indaga-se sobre a viabilidade e a utilidade destas tutelas em face das diversas situações concretas. O mesmo problema ocorre nas ações condenatórias, pois para condenar, é preciso, antes, declarar a relação jurídica.

Como a condenação somente pode ser obtida na sentença de mérito, a tutela antecipada funciona como adiantamento provisório dos efeitos executivos da sentença de condenação, o que a torna viável, para a realização do direito afirmado pelo autor.

4.6.3 Pressupostos

Os pressupostos ou requisitos exigidos para a concessão do pedido de antecipação dos efeitos da tutela ou da tutela antecipada estão descritos expressamente no artigo 273, incisos I e II, do Código de Processo Civil:

“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; II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu...”.

Constata-se que qualquer que seja a hipótese (incisos I ou II), obrigatoriamente deverá acompanhar o pedido a demonstração de prova inequívoca e a verossimilhança do alegado.

4.6.4 Legitimidade para o pedido

Diante da colocação do legislador no sentido de que o juiz poderá, **a requerimento da parte**, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (grifo nosso) ficam perguntas sobre a possibilidade de o réu pleitear a concessão de tutela antecipada e se o juiz, de ofício, poderá conceder a antecipação dos efeitos da tutela.

A *legitimatío ad causam* pode ser desdobrada em ativa e passiva. Terá legitimidade ativa para a causa o autor da ação que, ao menos à primeira vista, demonstrar ter direito de pleitear o que pede em juízo. Por outro lado, analisando-se o pólo passivo da relação processual, conclui-se que terá legitimidade passiva para a causa o réu que realmente for o titular do interesse que obsta à pretensão do autor.

Donaldo Armelin consignou que

“a legitimidade há de ser detectada confrontando-se as partes no processo com o pedido e sua fundamentação, porquanto, repetindo o que foi dito, é ela um pressuposto subjetivo-objetivo de eficácia do próprio processo. É desse confronto que se extrai a necessária adequação entre o autor, que postula em juízo, e o seu pedido, bem assim como entre essa pretensão e o réu que ocupa o pólo passivo da relação processual”.²³²

Dessa forma, numa análise literal do texto da lei, verifica-se que nenhuma dúvida existe sobre a legitimidade do autor da ação em pleitear na exordial, ou até mesmo no transcorrer do processo, a antecipação dos efeitos da tutela.

Assim o réu, a princípio, não teria legitimidade para a propositura do pedido. Todavia, há casos em que, não obstante a pessoa figurar na qualidade de réu, poderá ela propor pedido em face do autor, oferecendo reconvenção no mesmo prazo para apresentar sua contestação.

O artigo 315 do Código de Processo Civil dispõe que “o réu poderá reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”. Dessa forma, a reconvenção é uma ação proposta pelo réu contra o autor, em reação àquela anteriormente intentada. Aliás, o termo reconvenção advém de *reconventio* (*conventio* = ação e *re* = contra).

²³²Donaldo ARMELIN, Condições da Ação no Direito Processual Civil Brasileiro, Conferência proferida no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Publicações da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, Convênio TJES/AMAGES - Vitória, 1987.

Ocorrida a propositura da reconvenção, verifica-se que o réu torna-se também autor e, conseqüentemente, terá legitimidade para pleitear a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Além da reconvenção, o réu também passa a figurar na qualidade de autor quando propõe uma ação declaratória incidental²³³ e quando oferece pedido de denunciação à lide.²³⁴

Tanto o autor como o réu podem propor no curso de ação principal a denominada ação declaratória incidental, diferindo tão-somente o prazo processual para sua interposição. O autor da ação principal possui o prazo de 10 (dez) dias, consoante a regra inserida no artigo 325 do Código de Processo Civil. O réu na ação principal, diante da omissão do legislador, deverá propor a ação declaratória incidental no prazo da contestação.

A ação declaratória incidental deverá discutir alguma questão prejudicial existente em outra ação, havendo, portanto, uma cumulação sucessiva de pedidos, sendo que deverá o pedido da ação incidental ser julgado primeiro para depois ocorrer o julgamento do pedido da ação principal.

O que é relevante para este estudo é que podendo o réu propor a ação declaratória incidental, haverá nesta uma inversão das partes da ação principal,

²³³Artigo 5º do CPC: “Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz declare por sentença”;

Artigo 470 do CPC: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (art. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

passando o réu a figurar como autor e, dessa forma, possuindo legitimidade para pleitear a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Com relação à denunciação da lide, inexistente divergência quanto à natureza de ação desse pedido. De fato, a denunciação da lide nada mais é do que uma ação regressiva, podendo ser proposta tanto pelo autor como pelo réu, mantendo, assim, uma relação de prejudicialidade com a ação principal.

Para Arruda Alvim, em “sendo feita a denunciação, teremos duas ações tramitando simultaneamente. Uma, a principal, movida pelo autor contra o réu; outra, movida pelo litisdenunciante contra o litisdenunciado...”.²³⁵ Por conclusão, tem-se que inexistindo óbice para que o réu ofereça denunciação à lide, passe ele a figurar, nessa relação jurídica processual, como autor e, portanto, fazendo jus de pleitear a concessão da tutela antecipada.

Passado esse primeiro questionamento sobre a legitimidade para pleitear o pedido de tutela antecipada, depara-se com a questão envolvendo a possibilidade de o juiz, de ofício, conceder a antecipação dos efeitos da tutela.

O legislador elencou expressamente a legitimidade para o pedido ao dispor que o juiz poderá, **a requerimento da parte**, conceder a tutela antecipada. Assim, contrariamente ao que ocorre na tutela cautelar²³⁶, não existe qualquer

²³⁴ Artigos 70 a 76 do Código de Processo Civil.

²³⁵ *Op.cit.*, p.169.

²³⁶ Art. 797 do CPC: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”;

Art. 804 do CPC: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso

possibilidade de o magistrado conceder, *ex-officio*, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Tal assertiva é verdadeira na medida em que é notória a inércia da jurisdição, aliás, elencada no artigo 2º do Código de Processo Civil.²³⁷ A par disso, diante da obrigatoriedade de ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo réu, diante da execução provisória da tutela antecipada em caso da improcedência a final do pedido, estar-se-ia diante de um impasse. Quem ressarciria os prejuízos? O Estado diante da responsabilidade objetiva inserida no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, ou o próprio exeqüente diante da imposição judicial, não obstante ter sido o próprio magistrado quem, de ofício, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela?

Assim, de um modo ou de outro, é categórica a impossibilidade de concessão *ex-officio* de tutela antecipada pelo magistrado.

Por fim, cabe indagar se o Ministério Público poderá pleitear o pedido.

Se atuar como autor, nenhuma dúvida existe e a resposta é positiva²³⁸. Porém, quando o Ministério Público atua no processo na qualidade de fiscal da lei (*custos legis*), e não como parte, sua legitimidade para pleitear a concessão da tutela antecipada inexistente.

em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

²³⁷ “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

²³⁸ P.ex.: na Ação Civil Pública.

Com efeito, atuando como fiscal da lei, o Ministério Público não estará exercendo o denominado direito de ação ou de exceção, mas estará velando pelo cumprimento da lei em determinado caso concreto.

É certo que não se pode confundir sujeito processual com parte. Os sujeitos do processo são todas as pessoas, as quais de maneira direta ou indireta participam do processo, tendo sido classificados como sujeitos principais e sujeitos secundários.

Os sujeitos principais, por sua vez, foram subdivididos em sujeitos no sentido formal e sujeitos no sentido material. Os sujeitos principais, no sentido formal, são o juiz e as partes (autor e réu). Já os sujeitos principais, no sentido material, são aqueles que representam os demandantes ou o Estado, como ocorre com os advogados e com o Ministério Público²³⁹. Note-se que o Ministério Público, apesar de classificado como sujeito principal no sentido material, pode assumir diversas posições na relação processual, sendo possível sua atuação como autor, réu, representante do Estado, substituto processual e fiscal da lei.

Na qualidade de sujeitos secundários da relação processual foram classificados os auxiliares da justiça, bem como os terceiros que, de alguma forma, participam da instrução, conforme se dá com as testemunhas, os peritos, os assistentes técnicos, entre outros.²⁴⁰

²³⁹ *Op. Cit.*, Moacyr Amaral SANTOS, p. 322-323.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 324.

Assim, nas hipóteses em que o Ministério Público não atua na qualidade de parte, não poderá ele pleitear a antecipação dos efeitos da tutela.

Em sentido contrário, Cássio Scarpinella Bueno admite a legitimidade do Ministério Público, mesmo como fiscal da lei. Assevera que:

“Dadas as finalidades institucionais do Ministério Público, mais que hipertrofiadas e desejadas pela Constituição Federal, deve prevalecer o entendimento de que, também nesses casos, o Ministério Público detém legitimidade, desde que, evidentemente, seu pedido vá ao encontro dos interesses e direitos que motivam sua participação no feito naquela qualidade”.²⁴¹

4.6.5 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

A prova inequívoca é aquela que não permite equívoco, engano. A prova poderá ser em qualquer uma de suas modalidades (testemunhal, documental, pericial, etc.) e dependerá da avaliação do magistrado, em cada caso, para ser valorada como inequívoca.

Por outro lado, a verossimilhança da alegação é aquilo que tem aparência de verdadeiro. Assim, não basta somente o “*fumus boni juris*”, é necessário para a tutela antecipada algo a mais, aquela verossimilhança amparada na prova inequívoca, ou seja, aquela probabilidade do direito perquirido.

Assim, entende-se como verossimilhança:

²⁴¹ *Tutela antecipada*, p. 48.

“a plausibilidade, a probabilidade de ser. A verossimilhança resulta das circunstâncias que apontam certo fato, ou certa coisa, como possível, ou como real, mesmo que não se tenham deles provas diretas. No entanto, conforme é assente na jurisprudência, sendo a verossimilhança uma questão de fato, não se podem sobre ela estabelecer regras doutrinárias. 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”.²⁴²

Cândido Rangel Dinamarco salienta a contradição existente entre os termos utilizados pelo legislados: **prova inequívoca e verossimilhança da alegação**. Para ele:

“prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não de mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor. Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias, contidas no art. 273 do Código de Processo (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança”.^{243,244}

Contudo, verifica-se que ambos se complementam na medida em que a prova não poderá deixar dúvidas ao magistrado e a alegação deverá ser verossímil diante da prova apresentada.

²⁴² *Op. cit.*, De Plácido e SILVA, vol. IV, p. 482.7

²⁴³ *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 54.

²⁴⁴ Para Cássio Scarpinella BUENO, inexistente contradição entre as duas locuções. Para ele “o adjetivo ‘inequívoca’ relaciona-se à prova; a ‘verossimilhança’ é da alegação. Basta isso para afastar, de pronto, críticas mais apressadas ao texto do art. 273, no sentido de que o legislador teria aproximado duas situações absolutamente inconciliáveis (se é inequívoca é porque é muito mais do que verossimilhante). Não, nada disso. É a prova que é inequívoca (prova contundente, prova bastante, prova forte, prova muito convincente por si só, independentemente da apresentação de outras), e, como toda e qualquer prova (e a teoria da prova não se prende, apenas e exclusivamente, à tutela antecipada) ela nada mais é do que um *meio* para convencer o magistrado de alguma coisa. Aqui pela própria *dinâmica* do instituto em análise (cognição *sumária*), basta convencer o magistrado da *verossimilhança* da alegação”(…) “Por essa razão, aliás, é que me parece importante *sempre* entender, compreender, interpretar e aplicar as duas expressões em conjunto: é a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança da alegação”. *Op.cit.*, p. 38.

Com relação ainda à prova inequívoca, adverte João Batista Lopes que a prova pericial é inadmissível uma vez que “implicaria retardamento incompatível com a finalidade do instituto”.²⁴⁵

No entanto, constata-se que o legislador, no artigo 273 do Código de Processo Civil, não excluiu qualquer tipo de prova, sendo, portanto, admissível sua realização para fins de análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. É certo que a prova deverá ser pré-constituída, isto porque se a prova é inequívoca deverá ela existir no momento da apreciação do pedido pelo magistrado.

Luiz Guilherme Marioni²⁴⁶ vai além, ele admite a possibilidade de inspeção judicial para a caracterização da prova inequívoca. De fato, diante da urgência da medida, o magistrado poderá determinar a concretização da inspeção judicial em tempo hábil, evitando o perecimento do direito, não sendo esse tipo de prova (inspeção judicial) excluída pelo legislador.

4.6.6 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O risco há de ser concreto e não eventual, atual, pois iminente e grave – princípio da necessidade – esse risco é apto a fazer perecer ou prejudicar o direito posto pela parte. A difícil reparação ocorre quando se verifica inviável o

²⁴⁵ *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p.72.

²⁴⁶ *A antecipação da tutela da reforma do processo civil*, p. 68.

retorno ao *status quo ante*, sendo, portanto, similar ao *periculum in mora* da tutela cautelar.

No dizer de Antonio Cláudio da Costa Machado,

“a verdade para qual desejamos, desde logo, chamar a atenção no início do presente tópico, que deve permear todas as novas considerações a partir de agora, a de que ‘o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ corresponde ao segundo elemento integrativo do conceito de *periculum in mora*, que tem no ‘retardo da outorga da providência final de mérito’, o seu primeiro elemento”.²⁴⁷

Se não há dano, ou a iminência de sua ocorrência, não há que se falar na medida.

Há casos onde, a demora no processo, não é considerada como dano, pois esta demora não impedirá a satisfação do direito. Em casos assim, como na ação reivindicatória, não há dano ou risco de dano na demora da concessão da medida.

As expressões dano irreparável ou de difícil reparação são conceitos indeterminados e vagos, e assim, caberá ao juiz ajustar as medidas, dando-lhes interpretação flexível.

A irreparabilidade poderá ser absoluta ou relativa. A primeira ocorre quando a indenização não é meio de reparar o dano; a segunda quando a

²⁴⁷ *Op.cit.*, p. 454.

indenização é capaz de recompor o *status quo ante*. Sabemos que, em princípio, todo dano material é reparável.

Por certo, ao juiz caberá, dentro do conceito vago e indeterminado relativo às expressões dano irreparável ou de difícil reparação, utilizar os princípios gerais de direito, pelo bom senso e agilidade, e enfim, o *id quod plerunque accidit*.

Luiz Guilherme Marinoni acentua que a tutela antecipatória de soma somente será admissível para impedir a prática de dano que não ocorreria se o desmandado não houvesse cometido o ato que se pretende ver corrigido pela tutela final.

Exemplo disso foi o caso das pílulas anticoncepcionais, do laboratório Schering, as pílulas Microvalar, onde houve antecipação ou tutela com pagamento de somas que serviriam para pensão alimentícia e gastos com o parto, enxoval, etc.

A irreparabilidade pode relevar-se como direitos patrimoniais, direitos patrimoniais com função não patrimonial e direitos não patrimoniais. O dano irreparável em caso de direito patrimonial com função não patrimonial ocorre quando, por exemplo, vítima de acidente de trânsito, que, se não for assistida e mantiver seu sustento, perderá a saúde.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni,

“nesses casos, o crédito pecuniário, embora ressarcido antecipadamente o autor, realiza uma função não patrimonial, impedindo dano a um direito conexo ou ressarcido. Note-se que essa tutela antecipa o ressarcimento, ou seja, realiza antecipadamente esse direito sem objetivar a sua segurança. Imaginar que essa tutela é cautelar e não antecipada significa admitir que a soma em dinheiro está acautelando o direito ao ressarcimento. Ora, o direito ao ressarcimento está sendo antecipadamente realizado em razão de perigo de dano irreparável a um direito a ele conexo”.²⁴⁸

Toda espécie de lesão pode ser neutralizada pelo provimento antecipatório. O artigo 273 do Código de Processo Civil deixa claro que todo o direito que se encontre sob risco pode ser tutelado antecipatoriamente.

Sobre a iminência do dano, é certo que a tutela pode ser concedida quando o dano é temido, ou está, ou já foi produzido.

4.6.7 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Aludido pressuposto encontra-se inserido no inciso II do artigo 273 do Código de Processo e, possui, como finalidade precípua, evitar qualquer dano oriundo da conduta do réu quando do exercício da ampla defesa.

Alguns entendem que mesmo antes da propositura de alguma ação poderá ocorrer esse abuso, por exemplo, na tentativa de burlar a notificação extrajudicial. Judicial.

Exige-se para sua configuração, o dolo do réu na demora da prestação jurisdicional. De fato, é assegurado a todos a ampla defesa. Contudo, a própria lei

²⁴⁸ *Op.cit.*, p. 196.

traça limites para o exercício desse princípio constitucional, por exemplo, ao impedir recurso manifestamente impertinente.

4.6.8 Cumprimento da tutela antecipada

O cumprimento ou a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber, e conforme sua natureza, as normas previstas dos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A, todos do Código de Processo Civil, conforme regra inserida no § 3º do artigo 273 do mesmo Estatuto Processual.

É importante frisar que, por força do próprio sistema, as normas relativas à execução provisória são aplicáveis em quase sua integralidade a qualquer caso de cumprimento de medidas antecipatórias.

Existem as medidas de urgência, medidas antecipatórias sem urgência, conclusão que se extrai da forma de entender “conforme sua natureza”. A medida de “urgência” é tratada no inciso I, do artigo 273, do CPC e a “sem urgência” no inciso II do mesmo artigo. A primeira reclama urgência na concessão e efetivação. A segunda não.

Uma sentença declaratória ou constitutiva pode ter efeitos antecipáveis, sendo que se antecipam alguns de seus efeitos fáticos e práticos.

Outro tema a ser considerado no cumprimento da decisão antecipatória é o relacionado à caução. Verifica-se que mesmo nos casos em que mister se faz o deferimento da medida, há perigo de reversibilidade, especificamente a *in natura*.

Caberá sempre ao juiz verificar os dois fundamentos. É possível que haja confronto entre direito do autor e do réu, mas o magistrado há, dentro do bom senso, de concluir o que será melhor, e assim, determinar ou não caução; dependendo de cada caso concreto, esta seria uma forma de garantir eventual indenização, em caso de irreversibilidade.

Teori Albino Zavaski sustenta que:

“O que sustentamos em outras palavras, é que o preceito normativo que decorre do inciso III do artigo 475-O do Código de Processo Civil, relativo à prestação de caução nas execuções provisórias, acaba sendo de aplicação imperiosa, por força do próprio sistema, ao cumprimento de todas as medidas antecipatórias, independentemente da natureza da obrigação ou da prestação a que viram obter. Com efeito, em se tratando, como de fato se trata, de espécie de execução sempre *provisória* sujeita a ser modificada ou tornada sem efeito a qualquer tempo, cabe ao juiz preservar meios eficientes ao retorno ao *status quo ante*, inclusive, se for o caso, exigindo caução idônea com tal finalidade. A exigência da caução tem, ademais, sustento na aplicação analógica do artigo 804 do Código de Processo Civil e, sobretudo, na inafastabilidade do princípio de salvaguarda do *núcleo essencial* do direito à segurança jurídica do demandado. A provisoriedade da execução deve ser considerada como garantia do executado, garantia essa que não pode ser apenas formal, mas real. Ou seja: é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa na lei”.²⁴⁹

A natureza da responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva. Isto tem a ver com as espécies de antecipação de tutela, seja ela, então, assecuratória ou antecipação punitiva. No primeiro caso, advinda de fato que não tem

necessariamente a participação ilícita do demandado, a responsabilidade é objetiva; todavia, se a antecipação é decorrente de ato ilícito do demandado, a responsabilidade do demandante por danos decorrentes da medida antecipada tem natureza subjetiva, e somente se provado que agiu com dolo ou culpa, será responsabilizado pelos danos decorrentes da medida.

O cumprimento destas medidas é feito por oficiais de justiça, ainda que a ordem seja para que se deixe de fazer alguma coisa, não preponderante de uma das ações previstas nos artigos 461 e 461-A, mas com efeitos secundários da demanda de outra natureza. Por certo que poderá ocorrer até crime de desobediência, face ao descumprimento de tutela antecipada, o que não admite, prisão, porquanto nosso sistema só a admite em flagrante, ou em atos de processo criminal.

Ao juiz, caberá ao verificar a hipótese, isto é, que tenha ocorrido a desobediência, ordenar a extração de cópias com remessa ao Ministério Público para eventual denúncia.

4.6.9 Revogação e modificação

Dispõe o artigo 273, § 4º, que a tutela antecipada poderá ser revista: poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

²⁴⁹ *Op.cit.*, p. 92-93.

Por certo que nem precisaria se falar em decisão fundamentada, já que o artigo 165 do CPC impõe que toda decisão judicial seja fundamentada, prevendo necessidade de fundamentação. O mesmo se verifica na Constituição da República, onde o artigo 93, IX, também impõe que toda a decisão judicial deve ser motivada.

Revogar é voltar atrás. O juiz tinha deferido a medida e agora a revoga, ou seja, a retira do mundo jurídico.

Modificar é alteração parcial. O autor tinha sido atendido em tudo e, agora, parte desse todo é modificada.

Todavia o certo é saber quando o magistrado pode redecidir. Neste caso, tal como Cássio Scarpinella Bueno, entendo que deve limitar-se aos casos em que há alguma oportunidade processual. Referido autor assim coloca a questão:

“Assim, sem medo de ser minoria, quanto a este ponto específico, parece-me que ‘revogação’ e ‘modificação’ a que se refere o § 4º do art. 273 devem ficar limitadas aos casos em que há alguma oportunidade procedimental para o magistrado redecidir o que já decidiu; coisa bem diferente de decidir de novo o mesmo pedido pelos mesmos fundamentos. Assim, por exemplo, quando a hipótese é de antecipação da tutela *inaudita altera pars*. Nestes casos, legitimamente, é sempre bom frisar, o magistrado antecipa a tutela forte no princípio da efetividade da jurisdição, postergando o princípio do contraditório. Rigorosamente, falando ele magistrado, não decidiu sequer ‘questão’ porque, por definição centenária, *questão* pressupõe discordância entre as partes (e não eventualmente, entre autor e juiz). Questão, no sentido técnico, só haverá quando o réu, citado, se manifestar. Nesse caso, estabelecido o contraditório, legítimo que o juiz *redecida* o que já havia decidido, porque, nesta oportunidade, estará analisando ‘os dois lados da moeda’, dialética inerente à idéia de processo, aliás. Nunca, entretanto, porque, ‘pensando melhor’, ‘estudando melhor’ ou coisas do tipo, chegou à conclusão diversa, nem o juiz prolator da decisão, muito menos o ‘auxiliar’ ou o ‘titular’ da vara. O júizo decide uma só vez e só redecide quando o sistema autoriza”²⁵⁰

²⁵⁰ *Op.cit.*, p. 74.

Tenho, pois, que o magistrado só há de redecidir quando houver alguma oportunidade processual.

No agravo de instrumento, dada a natureza jurídica da antecipação da tutela, não é possível revogá-la ou modificá-la, pois assume caráter de estabilização cognitiva típica de sentença, embora, funcionalmente seja decisão interlocutória e, por isso, pelo conteúdo e cognição exauriente não acompanha, não há como recusar a aplicação à espécie dos artigos 463 e 471, ambos do Código de Processo Civil.

Com a sentença, esgota-se a finalidade da medida liminar. Se a sentença for de procedência, fica confirmada a liminar e, se de improcedência ou extinção sem julgamento do mérito, a liminar fica revogada, com eficácia *ex tunc* (Súmula 405 do STF) ainda que nada se fale nela.

Outra questão que pode ocorrer é que uma medida antecipatória dada em primeiro grau seja revogada pelo tribunal. Isto não significa que a sentença não possa ser de procedência, pois o provimento de liminar, deferindo-a ou indeferindo-a, não condiciona o resultado da sentença definitiva, pois medida liminar e sentença são provimentos com natureza jurídica, pressupostos e finalidade distintos e com eficácia temporal em momentos diferentes.

Teori Albino Zavaski, ao referir-se a “reiteração do pedido”, é claro ao acentuar que mesmo quando tenha havido anterior indeferimento, ou deferimento parcial, o novo pedido pode ser reiterado, caso em que esteja presente o surgimento de perigo, que antes ou não existia, ou verossimilhança, outrora não evidenciada, ainda, sobrevindo situação nova que configure a incontrovérsia do pedido, antes não existente, nada impede que o juiz defira, com base no § 6º, a antecipação antes negada. Em suma, tanto a decisão concessiva quanto a denegatória poderão ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, sempre que a mudança no estado de fato ou o aprofundamento do nível de cognição evidenciarem situação que antes não havia e sobrevindo sentença julgando a causa, ficam prejudicados os recursos que estejam aguardando julgamento contra decisão de deferimento ou indeferimento da medida antecipatória.

4.6.10 Momento da concessão

A rigor, o momento processual para a concessão da medida é após a contestação.

Todavia, em casos excepcionais, admite-se sem a oitiva do réu. É porque, se ele for antes ouvido, poderia causar lesão ao direito do autor.

Nestes casos, ou seja, sem a oitiva do réu, o princípio do contraditório não é ferido, pois, conforme Marinoni, “argumentar com lesão ao princípio do

contraditório é voltar a tratar do assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos”.²⁵¹

Também é possível a concessão da medida após a contestação e também quando houver sentença, ou ainda, após o encerramento da instrução processual.

Concedida a antecipação da tutela em sede de sentença, o recurso terá apenas efeito devolutivo, a teor do que dispõe o artigo 520, VII, do Código de Processo Civil.

Caso não tenha sido concedida em sede de sentença, preenchidos os pressupostos, é possível recuperá-la em sede de recurso.

Como a sentença não pode produzir efeitos na pendência da apelação, é racional que se defira a tutela antecipada por meio de decisão interlocutória e se sentencie. Assim entende Marinoni que diz:

“mas se a sentença ainda não pode produzir efeitos na pendência da apelação, mesmo quando estão presentes os fundamentos que justificam a tutela antecipatória, a única saída racional que resta é admitir a concessão da tutela por meio de decisão interlocutória, uma vez que o recurso contra ela cabível, que é o de agravo, deve ser recebido somente no efeito *devolutivo*. Em outros termos, e de forma bastante esclarecedora: *na mesma folha de papel, e no mesmo momento, o juiz pode proferir a decisão interlocutória, concedendo a tutela e a sentença que então confirmará a tutela já concedida e não poderá ser atacada através de recurso de apelação, que deva ser recebido no efeito suspensivo (nesta situação, então aplicar-se-ia o artigo 520, VII, do Código de Processo Civil)*”.²⁵²

²⁵² *Op. cit.*, p. 200.

²⁵² *Op. cit.*, p. 200.

Assim, o momento da concessão poderá ser antes da oitiva do réu, após a contestação ou no encerramento da instrução processual e ainda em sede de sentença, de forma aqui estudada, a fim de que não haja prejuízo às partes. Se houver recurso, através do agravo de instrumento, este será recebido somente no efeito devolutivo. Também, será possível buscar a tutela antecipada no Tribunal.

Pode ocorrer que a situação de perigo aconteça após a sentença, mas antes da subida dos autos ao tribunal. A quem fazer o pedido? Ao tribunal é a resposta, pois o juiz de primeiro grau, ao sentenciar, esgotou sua jurisdição.

Ressalte-se que a antecipação de tutela aparece até mesmo em face de execução de sentença ou de título executivo judicial. Havendo impugnação ou embargos os atos executivos podem ficar suspensos.

Cássio Scarpinella Bueno acentua que não há forma para o pedido de tutela antecipada. Até mesmo de forma oral, em ação de rito sumário, em que o autor perceba, ao analisar a contestação do réu, pedido incontroverso ou parte dele, ou sua nítida intenção protelatória.

Não há prazo, prescrito em lei, para o autor pedir tutela antecipada. Mas se da data da ciência do perigo demorou a pedir, o juiz haverá de ponderar que então não era tão urgente.

Quando for fundada no artigo 273, § 6º, ou inciso II, nada mais razoável que o pedido venha após a réplica. No dizer do referido autor,

“a falta de previsão de um prazo específico, outrossim, não quer significar que não existem momentos procedimentais, mas ‘oportunos’ à formulação do pedido de antecipação de tutela. Assim, quando ela for fundada no inciso II ou no § 6º do art. 273, nada mais razoável do que o pedido vir formulado, se não há réplica, pelo menos por ocasião de sua apresentação, em petição avulsa. Idem por ocasião da apresentação de contra-razões à apelação se for esse recurso e seu efeito suspensivo a *causa* do pedido de tutela antecipada. Não que deixe clara esta idéia, ou para a réplica (que, aliás, varia consoante o motivo que enseja a oitiva do autor, arts. 325 a 327 e 398) ou para a apresentação das contra-razões, ‘seja o prazo’ para formulação do pedido de tutela antecipada, mas, são momentos indicativos de que ela é, realmente, necessária. Sua observância, no mínimo, reflete a seriedade daquele que formula o pedido”.

4.7 Tutela antecipada em face da Fazenda Pública

Sempre se debateu a respeito da aplicabilidade da tutela antecipada face à Fazenda Pública. A partir da Lei nº 8.952/94, alguns defendiam a tese do não cabimento pelo fato de o artigo 475 estabelecer o reexame necessário, pois se a sentença proferida em desfavor à Fazenda somente teria sua eficácia após ser confirmada pelo Tribunal, como uma decisão interlocutória produziria efeitos? Diziam ainda que o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, ao vedar o cabimento de cautelares (satisfativas) contra a Fazenda, estaria a vedar a incidência do art. 273, posto que a tutela antecipada foi introduzida para substituir as “falsas cautelares”.

Outros defendiam o cabimento da tutela antecipada, exigindo para isso que fossem presentes e demonstrados os pressupostos do art. 273. Para esta

corrente, o art. 475 não seria óbice porque característica da tutela antecipada seria justamente a de antecipar a eficácia da decisão. É pelo fato de determinados atos judiciais não terem efeitos imediatos e que se prestam à tutela antecipada.

O direito de ação não pode ser restringido por lei infraconstitucional, pois é uma garantia constitucional, devendo ao legislador ordinário apenas a incumbência de disciplinar as liminares sem ofensa aos direitos e garantias constitucionais.

As chamadas condições de ação são, na verdade, requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito e não verdadeiras condições

“e o direito de ação tal como concebido pela doutrina moderna não significa apenas o poder de exigir a solução judicial de uma lide, mas também o de obter tutela urgente que obste a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação”.²⁵³

A garantia constitucional do direito de ação abrange a garantia a uma tutela antecipada, não pode ser excluída e nem suprimida nas ações da Fazenda Pública.

O reexame necessário do art. 475 prevê apenas as hipóteses de sentenças proferidas contra a União, Estados e Municípios, não se estendendo às liminares que têm sua eficácia imediata.

²⁵³Op.cit., João Batista LOPES, p. 118.

O art. 4º da Lei nº 8.432/94 concede poderes ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, para suspender em despacho fundamentado a execução de liminar contra o Poder Público. Aparentemente, pode parecer ofensa à Constituição, mas não traduz, em tese, nenhuma inconstitucionalidade, porém será necessária que a decisão seja devidamente fundamentada, tornando explícitos os fatos e o interesse público que se quer proteger.

Ainda mais, o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/94 dispõe que “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”. Para Eduardo Talamini:

“o objeto da demanda (o recolhimento e/ou a atribuição de um bem da vida ao autor) jamais será esgotado por qualquer concessão de medida de urgência. O provimento definitivo acerca da razão do demandante sempre estará reservado para o final do processo. É por isso que se afirma que, juridicamente, o provimento de urgência, vez que provisório, é sempre reversível”.²⁵⁴

4.8 Antecipação de tutela e tutela específica (obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa)

O processo, instrumento para realização do direito, só é eficaz, quando gera os mesmos efeitos daqueles que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Há prestação de tutela específica quando isto ocorre.

²⁵⁴ *Limitações legais à antecipação de tutela. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, p. 127.

Quanto às ações de obrigação de fazer e de não fazer, comportamento comissivo e omissivo, respectivamente, antigamente, não havia forma melhor de se entregar a tutela específica, sendo que atualmente é que o legislador colocou à mão do juiz, instrumentos para tal, e assim, quase sempre tudo se resolvia em perdas e danos.

Agora, com a modernização do sistema ditada pelo novo regramento estabelecido pelas Leis nºs 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05, há outra alternativa para se alcançar a tutela específica, ou seja, o juiz poderá substituir a prestação específica **por outra que assegure o resultado equivalente ao do inadimplemento**, e as perdas e danos só ocorrerão se o credor assim o quiser. Para Humberto Theodoro Júnior não há nada de errado nisso, e não se estaria infringindo o princípio de que o processo deverá ser o menos oneroso para o réu.

O art. 461 do Código de Processo Civil trouxe várias inovações. No sistema anterior, o que se oferecia ao credor para impossibilidade de obter sua tutela reclamada, era de converter em perdas e danos.

Agora, apresenta-se nova alternativa, ou seja, a de substituir a prestação específica por outra que assegure “resultado prático equivalente ao do inadimplemento”.

Esta redação trouxe grandes inovações de maior coincidência entre a **perda reclamada e a prestação entregue**.

A compensação de perdas e danos só se dará se o credor assim quiser. Ao juiz, foi concedido um poder genérico para atuar, até de ofício; o meio, todavia há de ser judicialmente legítimo.

A lei nº 8.952/94, em nova redação ao art. 461 do Código de Processo Civil, estabeleceu que nas ações de obrigações de fazer ou não fazer, o juiz concederá tutela específica de obrigação, ou se, procedente o pedido, determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao inadimplemento, e, conforme o parágrafo do referido artigo, é dado ao juiz converter em perdas e danos, em casos de inadimplemento, só se o autor assim quiser. Ainda, atuará o juiz de ofício ou requerido, para implementar medidas necessárias.

Assim, poderá o juiz determinar deferimento de obras, busca e apreensão, etc. Também a lei nº 1.0844/02 conferiu ao juiz o poder de modificar o valor e a periodicidade da multa, o que vem disposto no parágrafo 5º desta lei.

Destarte, sob o manto desta nova legislação, é possível ao juiz agir de ofício, rever multas e utilizar todos os meios que possam autorizar o cumprimento de ações de fazer e não fazer.

Só não poderá utilizar meios judicialmente ilegais, como prisão, admitida somente nas hipóteses de descumprimento do pagamento ou da obrigação de se pagar alimentos e depositário infiel.

Evidente que, para que a prestação seja a tempo certo, criou o legislador, tal qual nos procedimentos comuns (art. 273 do Código de Processo Civil), a tutela efetiva, antecipada quando necessário ao seu cumprimento.

Dispõe o parágrafo 3º que relevante o fundamento do litígio e havendo justificado receio de ineficácia de provimento final, é lícita a concessão desta tutela, sem a oitiva do réu ou após justificação prévia, citado ele.

A amplitude da imposição do art. 461 estende-se a todas as ações de fazer e não fazer, e não apenas àquelas em sentido estrito.

A imposição de multa vê aplicabilidade nas ações positivas, porque nas negativas, a menos que de trato sucessivo, o que se quer é o contrário.

A multa diária é utilizada para prestações de obrigações já violadas. Esta poderá ser diária ou de valor fixo, mais utilizada esta segunda para as obrigações de não fazer.

Para que se possa antecipar tutela nos casos de obrigação de fazer ou não fazer, são necessários dois requisitos, quais sejam, a relevância dos fundamentos e o risco de ineficácia do provimento final.

Para Teori Albino Zavascki,

“trata o parágrafo 3º do artigo 461 do CPC da concessão de tutela ou mediante justificação prévia, citado o réu”. Para que ocorra, pressupõe a lei dois requisitos: a) relevância dos fundamentos e b) risco de ineficácia do provimento final. São os mesmos previstos no art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, que dão ensejo à concessão de medida liminar em mandado de segurança. E conforme se fará ver quando do exame de antecipação da tutela naquela ação, há ali, apesar de diferenças terminológicas e produção dos requisitos para antecipação da tutela na hipótese do inciso I, do artigo 273 do CPC. Com efeito, “fundamento relevante” é enunciado de conteúdo equivalente à “verossimilhança da alegação”, e “justificado receio de ineficácia do provimento final” é expressão que traduz o fenômeno semelhante a “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Ademais, embora o parágrafo 3º, em exame, não faça referência “à prova inequívoca”, como ocorre no artigo 273, é evidente que a qualidade de prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da “relevância dos fundamentos”.²⁵⁵

Nelson Nery Júnior, todavia, entende de forma diferente, no sentido de que, para a antecipação de tutela de mérito nas ações condenatórias de fazer ou não

²⁵⁵ Teori Albino ZAVASCKI, *Antecipação de tutela*, p. 181.

fazer, a lei exige menos, sendo suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento.

Nas obrigações de não fazer, a condenação de prestação negativa será cumprida com a intimação da sentença ao devedor. Isto significa que terá direito de obter mandado que lhe assegure resultado prático equivalente ao adimplemento. Se impossível, haverá conversão em perdas e danos e o cumprimento da sentença processar-se-á nos moldes da execução das obrigações por quantia certa.

As medidas de antecipação de tutela, previstas nos artigos 273 e 461 do CPC, são providências emergenciais.

No dizer de Humberto Theodoro Junior:

“Daí porque as medidas de antecipação previstas nos art. 273 e 461 do CPC são, por essência, providências emergenciais, cuja implementação não admite delongas e por isso mesmo não de ser tomadas de plano em feitura de liminar, deferível até *inaudita altera parte* quando a urgência do caso concreto o determinar.

Seu regime executivo não pode ser diferente do das medidas cautelares. Não se submete, portanto, ao procedimento da *actio iudicati*. Ao juiz que as defere compete ordenar sua forma de cumprimento.

Vale dizer, para prevenir o dano, nas antecipações de tutela como nas medidas cautelares, o efeito prático provisório opera de imediato, sem maiores solenidades, e resume-se em dar cumprimento ao mandado judicial expedido logo após a prolação do respectivo decisório.

Até mesmo quando, excepcionalmente, compreenderem imposições de pagamento de somas de dinheiro (como, v.g., nos alimentos provisionais, outros pensionamentos similares, participações em rendas comuns etc.). As medidas antecipatórias, se possível, dispensarão o rito das execuções por quantia certa, e, conforme o caso, poderão ser efetivadas por meio de averbação por folha de pagamento, retenção de receitas, o bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida antecipatória (Luiz Fux, op.cit., par.. 23, p. 129). Como é óbvio, este tipo de execução deverá ser adotado com muita cautela, porque a provisoriedade da antecipação de tutela impõe ao juiz preservar sempre a reversibilidade da medida, para a hipótese

de, afinal, o provimento definitivo não ser favorável à parte que o promoveu (CPC, art. 273, par.. 2º).

A exigência de caução idônea, aliás, é condicionamento legal ao deferimento de qualquer medida antecipatória que importe levantamento de dinheiro pela parte (CPC, art. 273, para.. 3º).²⁵⁶

Até para as ações negativas os mecanismos atualmente possibilitam tutela antecipada, como a multa de valor determinado, sobre a qual já se falou (astreintes).

O legislador modernizou o sistema da concessão das tutelas antecipadas, pois ao credor das obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, a total valorização da tutela específica que o juiz tem poder executório genérico, adotando medidas necessárias e adequadas, nunca olvidando dos princípios constitucionais e garantias individuais. Estabelecerá sempre um juízo de ponderação e moderação, mas deverá agir de modo a garantir a satisfação da obrigação.

Deverá utilizar a tutela antecipada sempre nos mesmos moldes já instituídos para o processo de conhecimento e sobre o qual já foi explicado.

Até para as ações negativas os mecanismos possibilitam tutela antecipada e o juiz poderá utilizar meios de coerção e sub-rogação, desde que legítimos.

²⁵⁶ *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. II, p. 786.

As ações decorrentes do art. 461 têm natureza executiva *lato sensu* e, na mesma relação processual, há atos de conhecimento e execução, sendo que, nos casos de abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu e incontrovérsia do pedido, ela é possível.

A medida antecipatória pode, tal como no processo de conhecimento, ser deferida em qualquer fase e momento processuais, sendo que a ação executiva para entrega de coisa certa é em tudo semelhante. O legislador dispôs: “Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1º a 6º do artigo 461”.

Bem de ver, para as obrigações de entrega de coisa certa o regime processual é o mesmo das ações de obrigação de fazer e não fazer, dando ou conferindo ao juiz o poder de – valorizada a tutela específica – agir de ofício, impor multa, ou usar meios necessários à situação concreta.

4.9 Tutela antecipada nas ações coletivas

Antes de se adentrar na discussão da possibilidade e extensão da concessão da antecipação dos efeitos da tutela nas ações coletivas, mister se faz analisar o que efetivamente compreendem as ações coletivas, quais os direitos por elas tutelados e quem teria legitimidade para propô-las.

Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies integrantes dos interesses metaindividuais ou transindividuais, isto é, são

advindos, originários daqueles interesses que não se enquadram nem no interesse privado (particular-individual) nem no interesse público, isto porque é um interesse individual, porém pertencente a todos.

A extensão legal do que é considerado interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo encontra-se no artigo 81, parágrafo único, incisos I a III do Código de Defesa do Consumidor.²⁵⁷

Dessa forma, analisando-se o preceito legal, constata-se diferenças entre os denominados interesses difusos, com os coletivos e com os individuais homogêneos.

Com efeito, observa-se que nos interesses difusos os titulares são indetermináveis, ou seja, titular do direito é a coletividade.²⁵⁸ Nos interesses coletivos os titulares podem ser distinguidos perante todos, havendo assim um grupo de pessoas que possuem direitos inerentes a ele, sendo que quem está fora do grupo, não tem qualquer interesse.²⁵⁹ Por fim, nos interesses individuais homogêneos cada um tem o que é seu, os titulares são determinados, porém a

²⁵⁷ “Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores, das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo:

Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

II – os interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste Código, 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.

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

²⁵⁸ Exemplificando, podemos asseverar que um dano causado ao meio ambiente atinge a todos e não somente a determinadas pessoas.

ligação entre os titulares é de fato, não existindo vínculo jurídico entre eles, restando divisível o direito, uma vez que cada um tem o direito de dispor do seu interesse da sua maneira.²⁶⁰

Para a defesa dos interesses metaindividuais ou transindividuais (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) a ação a ser proposta não leva em consideração o número de pessoas no pólo ativo, passivo, ou de ambos, mas sim a “dimensão coletiva” a ser alcançada pela decisão transitada em julgado a ser proferida.²⁶¹

De fato, a pluralidade de pessoas não caracteriza por si só a chamada ação coletiva, uma vez que, se assim fosse, a ocorrência de litisconsórcio já ensejaria a caracterização de ação coletiva, o que não é verdade, o que caracteriza a ação coletiva é a legitimação extraordinária, ou seja, não é caso de representação, mas sim de substituição processual, eis que naquele a pessoa vai a juízo em nome alheio, defender interesse alheio.

Dessa forma, a substituição processual²⁶² é admitida para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, defendendo o

²⁵⁹ Exemplificando: o sindicato para defender os interesses dos empregados de uma determinada categoria profissional.

²⁶⁰ Exemplificando: no Código de Defesa do Consumidor o consumo é de massa (interesse difuso), assim o problema de fabricação de determinado produto atinge a todos da mesma maneira que atinge a uma pessoa determinada que adquiriu o produto. Assim, gera-se mais de um interesse, ou seja, esse mesmo fato lesa um interesse individual e um interesse difuso.

²⁶¹ Rodolfo de Camargo MANCUSO, *Ação Popular*, p. 33.

²⁶² “Artigo 82 do C.D.C.:Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

demandante não apenas interesses próprios, mas também de outrem, evitando-se um maior número de ações propostas com um mesmo objetivo, bem como de decisões contraditórias.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes entende que:

“a ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos”.²⁶³

Dentro dessa conceituação, consideram-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo como ações coletivas.

No caso do mandado de segurança coletivo, no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, o legislador confere a legitimidade ativa para a sua propositura ao partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

²⁶³ *Ações Coletivas no Direito comparado e nacional*, p. 26.

Para Thereza Arruda Alvim, a legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo “não é ordinária, é simplesmente própria, legitimação própria para a propositura de ações civis, legitimação coletiva”.²⁶⁴

Na ação popular, é considerado legitimado ativo para a propositura da ação o “cidadão”, ou seja, aquela pessoa de nacionalidade brasileira (nato ou naturalizado) que se encontra no gozo de seus direitos políticos, isto é, quem pode votar e/ou ser votado.

Rodolfo Camargo Mancuso esclarece que:

“A ação popular está, de indústria, inserida no capítulo da CF concernente aos direitos e garantias fundamentais, e, se ela se apresenta coletiva em sua finalidade, o seu exercício é assegurado ao indivíduo, embora de maneira concorrente disjuntiva com os demais cidadãos. Quando toma tal iniciativa, o autor popular está exercendo, enquanto cidadão, o gozo de direitos políticos, a sua quota-parte no direito geral a uma administração proba e eficaz, pautada pelos princípios assegurados nos artigos 37, 170, 215 e outros da CF. Sob essa ótica, não haveria necessidade de recorrer-se à figura da substituição processual, para explicar sua atuação em juízo”.²⁶⁵

No que tange à antecipação da tutela nas ações coletivas, verifica-se haver previsão legal no Código de Defesa do Consumidor para o seu pedido²⁶⁶, bem como na Ação Civil Pública²⁶⁷, na Ação Popular²⁶⁸ e no Mandado de Segurança Coletivo.²⁶⁹

²⁶⁴ *O direito processual de estar em juízo*, p. 49.

²⁶⁵ *Ação Popular*, p. 132.

²⁶⁶ Art. 84, § 3º: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

²⁶⁷ Art. 12: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo...”.

Assim, diante da previsão legal específica, constata-se que o regime jurídico a ser estabelecido é o disposto nos artigos 273 e 461, § 3º, ambos do Código de Processo Civil, porém, pela interpretação literal dos artigos 12 da LACP e 84, § 3º do CDC, verifica-se que para a concessão da tutela antecipada.

²⁶⁸ Art.5º, § 4º da Lei nº 4.717/65: "Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado".

²⁶⁹ Art. 7º da Lei nº 1.533/51 já transcrito anteriormente.

5.HÁ DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS MEDIDAS PROCESSUAIS PROVISÓRIAS?

5.1 Interpretação Jurídica

A moderna ciência do direito iniciou-se a partir do século XIX, por ocasião do Código de Napoleão. Mesmo considerada toda influência do Direito Romano, não pode ser qualificada como científica, pois seus estudos eram em forma de Códigos.

O *ius commum*, era baseado no direito consuetudinário, regido pela tradição da jurisprudência romana e estendido em toda a Europa Ocidental.

Entre o final do século XVIII e o começo do século XIX surgiu uma corrente de pensamento denominada “escola histórica”, cujo maior expoente Savigny, e que acreditava que a Alemanha não precisava dessa codificação.

O objeto da interpretação jurídica, dentro de um modelo dogmático, definido por Savigny é que esta (interpretação jurídica) consistirá na reconstrução do pensamento ínsito da lei²⁷⁰ e Ihering a chamará de “jurisprudência inferior”.

A par disso, Montesquieu revitalizou o ideal do juiz com um ser inanimado que repete as palavras da lei.

No momento dogmático, as palavras tinham um único e claro significado.

Por certo, tal modelo de muito se distancia da realidade atual. O modelo dogmático só reconhece uma única fonte de direito: a lei e, o juiz, é o seu aplicador.

O enfraquecimento desse sistema iniciou-se na década de 1950, após a publicação da obra de Viehweg, o qual colocou dois novos modos de pensamento: o sistemático e o problemático.

O modelo dogmático acreditava que o intérprete, com as formas interpretativas indicadas pelos legislador, obteria ótimos resultados, o que não é

verdade. Para esse modelo, não havia mais que um tipo de norma, mas contra isso, Hart reage e apresenta sua teoria, a de normas primárias e secundárias. Por fim, Norberto Bobbio, em 1970, edita a teoria funcional, onde pergunta: o direito serve para que? Chamando a atenção, portanto, para a necessidade do direito pensar em maneiras preventivas.

Com efeito, percebe-se que, atualmente, aquela visão de Montesquieu, do juiz como um ser inanimado, perde de muito, para o juiz de protagonismo exarcebado. A teoria da interpretação dogmática, cedeu espaço a atual teoria da interpretação jurídica.

A interpretação jurídica de Ronald Dworkin declara-se totalmente contrária ao positivismo normativista de Hart. A resposta não é negativa, e postula com alternativas integradas por variedade de modelos, fazendo distinção entre normas e princípios. Assim, os princípios “são exigências de justiça” e, o fato de pertencerem ao direito, torna-se legitimados em razão do conteúdo.

Dessa forma, na doutrina jurídica contemporânea a recepção dos princípios gerais do direito, origina uma interpretação positivista. Princípio é aquilo do qual algo procede, seja na linha do ser, ou conhecer, designando um sentido normativo, exigindo uma conduta que se orienta a satisfazer um fim.

²⁷⁰ Ihering a denominou de “jurisprudência inferior”

No caso do processo, o magistrado, na atualidade, busca a solução dos conflitos através de uma ordem jurídica justa, não sendo um mero aplicador da lei, mas levando em consideração os anseios dos litigantes para idealizar a melhor solução, ou seja, aquela que se aproxima mais do que é o justo.

5.2 Conceitos Indeterminados ou Indefinidos

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o termo conceito advém do latim *conceptu*, sendo a representação de um objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais; uma abstração ou idéia²⁷¹.

O conceito, no sentido filosófico, diz respeito a essência das coisas, tendo Kant apresentado-o como algo formado na experiência da intuição, a qual seria sempre singular²⁷².

Nessa mesma direção filosófica, Hegel assevera que o conceito

“é o único que possui realidade, justamente porque ele mesmo a assume. Toda a realidade que não for a realidade assumida pelo próprio conceito é existência passageira, contingência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão, etc.”²⁷³.

²⁷¹ *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, p. 445.

²⁷² Gerard Legrand, *Dicionário de Filosofia*, p. 86.

²⁷³ *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, pg. 17.

No campo jurídico o conceito está relacionado com o objeto da norma jurídica.

No dizer de Lourival VilaNova “não há conceito sem objeto. O objeto é algo para o qual o conceito se dirige”, porém o conceito não imita o objeto, isso porque no dizer do mesmo autor

“o objeto ostenta ampla riqueza constitucional, e se distribui em várias categorias, e em diversos campos. A natureza do conceito permanece intacta, qualquer que seja a índole de seu correlato objeto, real , ideal ,etc...em qualquer caso , a idealidade do conceito persevera a mesma”²⁷⁴.

Desta forma, qualquer que seja o sentido do termo “conceito” o importante é que nos relacionamos por meio de objetos, os quais têm um significado, mais ou menos vago e às vezes impreciso e indeterminado.

Carrió assevera que a linguagem do direito (normas e regras jurídicas)

“é uma linguagem natural, distinta da linguagem formalizada onde os termos apresentam total precisão, sendo rigorosamente inequívocos. As linguagens naturais não apresentam tais características, sendo essa a situação da linguagem utilizada pelo direito”²⁷⁵.

Tal abordagem tem grande significado quando se analisa a discricionariedade, principalmente a judicial, uma vez que os conceitos se

²⁷⁴ *Sobre o Conceito de Direito*, págs. 11 e 14.

²⁷⁵ *Algunas palabras sobre las palabras de la lei*. 13/23.

relacionam com a descrição do fato, porém a discricionariedade somente reside nos denominados conceitos jurídicos indeterminados e não na norma positiva.

Renato Poltronieri afirma que

“a imprecisão, fluidez e indeterminação aludida residem no próprio conceito jurídico e não na palavra que o determina. A finalidade deste conceito, em conjunto ou isoladamente, é que se torna ambíguo na medida em que como objeto pensado torna-se passível de mais uma definição fática real. Se a ambigüidade residisse apenas nas palavras, bastaria substituir uma por outra, ou cunhar uma nova para que desaparecesse a imprecisão, fluidez e indeterminação do que se pretendeu definir”²⁷⁶.

Ressalte-se que nenhum conceito pode ser totalmente impreciso, porém nada obsta que possa ser indeterminado. Para Engisch os conceitos indeterminados são normas legais com a seguinte classificação: a) conceitos jurídicos indeterminados (ou incertos); b) conceitos normativos (carecidos de valoração); c) conceitos discricionários e d) cláusulas gerais²⁷⁷.

Assevera Barbosa Moreira que

“na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor” (...) não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com a da discricionariedade. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, dentro de

²⁷⁶ *Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambigüidade da Norma Jurídica Positiva*, p. 146.

certos limites, a providência que adota, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência²⁷⁸.

Para Tereza Arruda Alvim Wambier

“o conceito vago desempenha duas funções que nos parece devam ser valorizadas positivamente: 1. permite que se incluam, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter pensado (=casos que, por especiais ou por raros, certamente não seriam incluídos num dispositivo legal que usasse a técnica do *numerus clausus*, ou seja, fossem taxativos) e , então, ficariam fora do alcance da norma; 2. permite que a mesma norma dure mais no tempo, pois o conceito vago ou indeterminado é mais adaptável; 3. permite que a mesma norma seja aplicada de forma mais justa em um mesmo tempo, mas em lugares diferente²⁷⁹.

Destarte, os conceitos indeterminados às vezes se confundem com os conceitos normativos e podem ser definidos como aqueles em que os limites não estão bem claros, apesar da lei procurar delimitar o caso concreto (ex. boa fé), ou seja, para esse tipo de conceito não se admite mais de uma solução, não sendo possível assim a discricionariedade, mas tão somente uma interpretação.

Há discricionariedade judicial nos conceitos indeterminados ou vagos, onde estão os conceitos normativos, descritivos, discricionários e as cláusulas gerais.

²⁷⁷ *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 172/173.

²⁷⁸ Regras de experiência e conceitos juridicamente Indeterminados, pág. 15.

²⁷⁹ *Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares*, in *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, pág. 516.

Os conceitos judiciais não são totalmente incertos, porém podem ser indeterminados. Estes, ou seja, os conceitos indeterminados podem ser normativos, antagônicos ou descritivos.

Os conceitos indeterminados nas medidas de urgência cautelar e tutela antecipada, relacionam-se com os requisitos exigidos para a concessão da medida pleiteada.

E mister que saibamos a diferença entre conceito indeterminado e determinado. No primeiro há delimitação na esfera do real, de maneira precisa. No segundo caso, ou seja, de conceito indeterminado, a lei se refere a uma esfera da realidade cujas limitações não são precisas.

Luiz Henrique Urquhart Cademartori afirma que

“na estrutura do conceito indeterminado, identifica-se um núcleo fixo (*Begriffkern*), ou zona de certeza, configurada por dados prévios e seguros: uma zona intermediária ou de incertezas ou ainda “halo do conceito” (*Begriffshot*) que é mais ou menos imprecisa e, por último, uma zona de certeza negativa, certa quanto a exclusão do conceito”.

Assim, após se discorrer sobre os conceitos indeterminados e indefinidos, bem como sobre a atual forma de interpretação jurídica, passemos a análise sobre a aplicação da discricionariedade pelo magistrado no exercício da função jurisdicional quando da análise dos pedidos de tutela de urgência.

5.3 - Discricionariedade judicial ou interpretação valorativa nas medidas processuais provisórias de urgência?

Conforme se constatou no tópico anterior os conceitos apresentados como requisitos para a análise das tutelas de urgência²⁸⁰, possuem certa indefinição necessitando de uma valoração subjetiva do magistrado.

No entanto, mencionada valoração é limitada pelos princípios da legalidade e do interesse público. Assim, o magistrado deverá pautar-se pelos limites impostos por lei e segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Para Eduardo Melo de Mesquita,

“o ideal de justiça subjaz em toda a normatividade. O interesse público encarta-se naquele ideal, que norteia não apenas a Administração, mas, também, a jurisdição, notadamente quando ausentes normas imperativas particulares. Presentes tais normas, o juiz é, aliás, destinatário de um preceito jurídico que indica critérios objetivos para a valoração dos interesses inspirados nas exigências da vida social. Esse modo de conceber a lei está ligado à soberania popular, surgida com a Revolução Francesa”.²⁸¹

Ressalte-se que o juiz, como aplicador da lei, exerce função pública e, portanto, possui poder discricionário para atuar em algumas ocasiões, inclusive

²⁸⁰ Perigo na demora; dano irreparável, fundado receio, fundamento relevante; prova inequívoca, etc.

no tocante às medidas provisórias urgentes, exemplo da margem de liberdade concedida ao juiz para atuar podemos encontrar no pedido de liminar de antecipação dos efeitos da tutela prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil.

O parágrafo 5º²⁸² do aludido dispositivo legal prevê, quando da execução da medida, um rol de possibilidades concedidas ao magistrado para dar efetividade à tutela de urgência, havendo assim uma liberdade de escolha entre as hipóteses apresentadas.

Há nesses conceitos indeterminados um “espaço livre”²⁸³ que deve ser preenchido sem exageros, dentro do razoável e adequado.

Obviamente, o magistrado também fica limitado em seu poder discricionário às regras de conveniência e oportunidade dentro da lei, devendo, portanto, optar pela possibilidade que mais se aproxima ao alcance da ordem jurídica justa.

Nos conceitos indeterminados, para alguns, não há que se falar em escolha, em liberdade de agir, não sendo a matéria pacífica.

²⁸¹ *As tutelas cautelar e antecipada*, p. 338.

²⁸² “§5º - para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

²⁸³ Expressão utilizada por Eduardo Melo de Mesquita, *op.cit.* p. 330-381.

Para parte da doutrina defendida por Themistocles Brandão e Lopes Rodo, o magistrado possui discricionariedade judicial, mesmo quando se tratar de conceitos indeterminados, sendo que a jurisprudência vem admitindo a existência de discricionariedade judicial quando da concessão ou denegação das medidas liminares e antecipação dos efeitos da tutela.

Por outro lado, parte da doutrina²⁸⁴ não admite a discricionariedade judicial quando há a análise de conceitos indeterminados nas medidas de urgência.

Para Teresa Wambier

“não tem sentido afirmar-se que ao deferir ou indeferir um pedido de liminar estaria o juiz exercendo poder “discricionário”. A atividade intelectual exercida pelo juiz, em ambos os casos (deferir ou indeferir), obviamente, é a mesma. Está-se diante do fenômeno antes referido, da liberdade de investigação crítica”²⁸⁵.

De fato, a liberdade de investigação crítica corresponde a interpretação dada pelo magistrado à norma. Com efeito, preenchidos os requisitos legais para a concessão de uma liminar ou de uma antecipação dos efeitos da tutela, não pode o juiz optar entre deferir ou indeferir o pedido, inexistem dois caminhos nesse caso, mas tão-somente um único.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque para quem

²⁸⁴ José Manoel Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Júnior, entre outros.

²⁸⁵ Existe a discricionariedade judicial? P. 233.

”quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande liberdade de investigação crítica do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, como poder discricionário atribuído ao juiz. Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valores próprios da discricionariedade (...) não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial”. TUTELAP.352 - nr

Esse contexto de interpretação acarreta, em boa parte das vezes, decisões judiciais diferentes para casos similares, todavia, permite ao magistrado valorar a hipótese concreta diante do contexto fático apresentado, porém tenta impedir que, utilizando-se dessa discricionariedade, o magistrado cometa um maior número de equívocos e até mesmo de arbitrariedade.

Assim, entende-se, hoje, que o juiz não se submete à letra fria da lei. Deve, ao contrário, interpretá-la e suas decisões devem ser harmonizadas ao sistema jurídico, mesmo que, aparentemente, afrontem a lei. O juiz exerce atividade criadora do Direito e com margem a liberdade.

Assim, entendemos que há discricionariedade em casos em que a lei emprega conceitos indeterminados, uma vez que ela (discricionariedade judicial) nada mais é, senão, a impressão pessoal do juiz e a possibilidade de escolher a

melhor interpretação desses conceitos indeterminados (dano irreparável, relevante fundamento, etc.) ao caso concreto para atingir a ordem jurídica justa.

Verifica-se que tanto nas medidas liminares (cautelares ou não) e na antecipação dos efeitos da tutela, há a possibilidade de aplicação da discricionariedade judicial, uma vez que o magistrado, irá valorar e interpretar o fato e sua prova para decidir sobre o deferimento ou indeferimento da medida.

Assim é que a questão não está em conceder a medida ou não concedê-la, presentes ou ausentes os requisitos legais. A questão é a análise prévia que conduz a isto, e aí se encontra a discricionariedade judicial.

CONCLUSÃO

Em virtude do dinamismo da ciência do direito e das grandes transformações da sociedade, restou necessário que o regramento jurídico se adaptasse às mudanças, a fim de apresentar soluções mais eficazes e rápidas as questões à ele submetidas.

Mecanismo de larga utilização – as medidas provisórias urgentes – desempenham papel primordial na busca da ordem jurídica justa ao lado dos princípios constitucionais diretamente relacionados ao processo, havendo uma constitucionalização do processo como um todo.

Os princípios processuais constitucionais, entre os quais o do devido processo legal, o do contraditório e da ampla defesa, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da motivação das decisões e o da publicidade denotam que o legislador anseia pela proximidade da justiça a todos, ampliando as possibilidade de acesso ao Poder Judiciário.

Todavia, o próprio legislador bloqueia, ainda que minimamente, o maior alcance desta investida. De fato, ao introduzir conceitos vagos ou indeterminados na norma jurídica, o legislador dificulta a imediata aplicação do ordenamento, eis que para sua efetividade é necessário um juízo de valoração a ser realizado pelo magistrado.

É certo que o Poder Judiciário e, obviamente, os juízes também estão passando por significativas mudanças.

A reforma constitucional trazida pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, reflete os anseios da sociedade no sentido de que não seja apenas permitido o acesso ao Poder Judiciário mas também, quando o mencionado acesso ocorrer, seja o pedido do jurisdicionado apreciado por um magistrado preparado técnica e psicologicamente, encontrando ao seu dispor toda uma estrutura que forneça a plena efetividade ao processo.

Dessa forma, diante dos poderes inerentes a função de juiz, encontramos a possibilidade do magistrado atuar com discricionariedade, nos denominados conceitos indeterminados ou vagos, e quando a própria lei coloca hipóteses de atuação a serem analisadas dentro do caso concreto.

Ressalte-se que o magistrado, mesmo atuando dentro do poder discricionário, deverá nortear-se pelo princípio da legalidade e do interesse público a fim alcançar a ordem jurídica justa.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade.* São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006.

ALMEIDA PRADO, Lidia Reis de. *O juiz e a emoção – aspectos da lógica da decisão judicial.* Campinas:Millennium, 2003.

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário.* Curitiba: Juruá Editora,2007.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática.* Campinas:Copola, 2002.

ARMELIM, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada.* *Repro*, 65/45.

_____. *Tutela jurisdicional diferenciada*. In: O processo civil contemporâneo (coletânea). Curitiba: Juruá, 1994.

_____. *A Tutela Jurisdicional Cautelar*. In: RPG do Estado de São Paulo, nº 23. 1985.

ARONE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ARRUDA ALVIM, Angélica. *Princípios constitucionais do processo*. Repro, 74/20.

ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo ente nós – Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação da tutela _ As obrigações de fazer e de não fazer _ Valores dominantes em nossos dias*. Repro, 97/62.

ASSIS, Araken de. *Fungilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas*. Repro, 100/33.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4^a. ed., 3^a. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Júzo Liminar. Poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 3, 1993.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Legalidade – Discricionariedade seus limites e controle –* RePro86/42.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil; processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

_____. *Curso de processo civil; processo de conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1985. vol. XI.

BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. In: *Temas de direito processual – segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. *Revista Forense* 261/13.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Wellington Pacheco. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo. 1997.

BEAL, Flávio. *Morosidade da justiça = impunidade + injustiça*. Florianópolis: OAB/SC Editora.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)*. 4^a.ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. Roma. 1926

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTENCOURT, Edgard de. *O juiz*. São Paulo. Editora Universitária de Direito-LEUD, 1982.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. De Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6^a. ed., São Paulo: Malheiros.2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16^a. ed., São Paulo: Malheiros. 2005.

_____.*A Constituição Aberta*. 3^a. ed., São Paulo: Malheiros. 2004.

BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva,2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso a Justiça*. Florianópolis:Habitus, 2001.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1995.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade*. Campinas: Millennium Editora,2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3^a. ed. Coimbra: Liv. Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio A Fabris, Editor, 1989.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer na reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*, 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas:Bookseller, 1998. vol I-III.

_____. Cosa Julgada y Preclusion. In Ensayos. Tradução: Sentis Melendo. Vol. 3. Madri: Civitas.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo:Atlas.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *O Juiz Agente Político*. São Paulo: Copola, 1998.

_____. *Acesso à Justiça por Reformas Judiciais*. Campinas: Millenium, 2004.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Interesse público na construção de entidades da administração descentralizada*. Cadernos FUNDAP 16/22.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado 16^a. Ed.*, São Paulo: Saraiva. 1991.

_____. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio A fabris, Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Tutela jurisdicional*. *Repro*, v. 81.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 3 v.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. 4^a.ed., São Paulo: Saraiva,1992.

_____. *As lacunas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DROMI, Roberto. *El poder judicial*. Buenos Aires:Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTERRIA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administracion*. Madri: Civitas,2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. 2^a.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*, In: O novo em Direito e POLÍTICA. Organização de José Alcebíades de Oliveira Junior. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 1997.

_____. *Derecho y razón*. Tradução: Perfecto Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRIEDE, Reis. *Aspectos fundamentais das medidas liminares*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Tradução: Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1996.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2003.

GERSTER, Thomas Fleiner. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Poder Discricionário*. Revista de Direito Público 93/41.

_____. *Notas sobre os conceitos jurídicos*. Revista de Direito Público 74/217.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos Direitos humanos aos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUIMARÃES, Mario. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HERRENDORF, Daniel. *El poder de los jueces*. 3^a. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In *Os Pensadores*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. São Paulo: Abril Cultural. 1974.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor. 1979.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VIII. Tomo I.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1985.

LEGRAND, Gerard. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 1983.

LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e Discricionariedade*. São Paulo:RCS Editora. 2006.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4.ed.. Milão:Dott. A Giuffré, 1980.

_____. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. São Paulo:José Bushatsky.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3^a.ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo do processo moderno – justiça morosa?* RePro, 105/128.

_____. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. RePro 35/24.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais,2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios penais constitucionais: sistema das constantes constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais 779/417.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica. 1911

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARIONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução de sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Novas linhas do processo civil. 4^a.ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, José Frederico. *As ações populares no Direito Brasileiro*. RDA 52/43.

_____. Manual de Direito Processual Civil. 7^a.ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTEIRO, João Batista. *O conceito de decisão*. RePro, 23/72.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Luiz Antonio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUOVOLONE, Pietro. *Lê prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. Riv. Dir. Processuale, XXI.

OLIVEIRA, Roque Antonio Mesquita de. *Teoria da Imprevisão: uma visão pragmática*. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada na PUC/SP – 2006.

ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Despachos, pronunciamentos recorríveis?* RePro 58/45.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene Editore, 1994.

_____. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuri Editore, 1982.

POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

RANIERI. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Milano, 1949.

RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale Penale*. Milano: Dott. A Giuffré, 1951.

RIZZATO LARA, Betina. *Liminares no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais 772/463.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional – princípios constitucionais do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RUSSOMANO, Rosah. *O princípio do federalismo na Constituição brasileira*. São Paulo. Saraiva.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de teoria do estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 3 v.

SATTA, Salvadore. *Direito Processual Civil*, trad. Luiz Autuori. Padova: Cedam, 1968.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Execução provisória e antecipação de tutela.* São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Tutela Antecipada.* 2^a.ed., São Paulo: Saraiva. 2007

_____. *Mandado de Segurança.* 3^a. Ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHAFFER MARTINS, Nelson Juliano. *Poderes do juiz no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2004.

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *Tutela Antecipada de Ofício.* Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SHIMURA, Sérgio. *Arresto Cautelar.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Título executivo.* São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ivan de Oliveira. *A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Editora Pilares, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais 798/23.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro:Forense.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no Poder Judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.2007.

TÁCITO, Caio. *A administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo 37/02.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares*, In: *O processo civil brasileiro no liminar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VERDÚ, Lucas. *La Lucha por El Estado de Derecho*

VILA NOVA, Lourival. *Sobre o Conceito de Direito*. São Paulo.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1 e 2.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) *Liminares – repertório de doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Da liberdade do juiz na concessão de liminares*. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coletânea coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Limites à chamada discricionariedade judicial*. RePro, 96/163.

_____. Nulidades do Processo e da Sentença.6^a.ed.,
São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WEBER, Max. *Ciência e Política:duas vocações*. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. México: Fondo de Cultura Econômica. 1992

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. RePro 82.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais,2003

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](#)