

Gustavo Gottardi

**LIMITAÇÃO DA AMPLA DEFESA COMO FORMA DE
GARANTIA DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DA
TUTELA JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2009**

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

Gustavo Gottardi

**LIMITAÇÃO DA AMPLA DEFESA COMO FORMA DE
GARANTIA DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DA
TUTELA JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo Benacchio.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2009**

Gustavo Gottardi

**LIMITAÇÃO DA AMPLA DEFESA COMO FORMA DE GARANTIA DA
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da UNITOLEDO, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Marcelo Benacchio

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Araçatuba, ____ de _____ de ____

Dedico este trabalho aos meus pais,
Luiz Otávio e Maria Helena, por todas as razões.

À minha noiva, Ana Cristina, pela
paciência e apoio incondicional.

Agradeço a todos os meus
professores do curso de mestrado.

À Prof. Dr. Iara Rodrigues de Toledo,
pela especial contribuição.

Ao Prof. Dr. Marcelo Benacchio,
pelas orientações e indispensável apoio.

“Bom mesmo é ir à luta com determinação e abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, pois o triunfo pertence a quem mais se atreve e a vida é muito para ser insignificante”.

Charles Chaplin

GOTTARDI, Gustavo. Limitação da ampla defesa como forma de garantia da efetividade da prestação da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2009.

RESUMO

Uma nova visão epistemológica que enxerga o processo por um ângulo pós-positivista, vem se esmerando no sentido de dar uma nova roupagem ao processo, fazendo com que todos os princípios encerrados na Carta Maior, implícitos e explícitos, sejam cumpridos da melhor maneira possível. Isso significa dizer que, após a Constituição Federal de 1988, não há como negar que houve uma mudança paradigmática na interpretação da norma jurídica, e dessa forma, em determinadas situações, o órgão prolator de sentença deverá, por meio da proporcionalidade, visualizar quais direitos fundamentais encontram-se em conflito e verificar qual deles deve ser excepcionado naquele caso concreto. Assim, para que o mandamento constitucional seja cumprido na melhor medida, imprescindível se torna a observância dos princípios do devido processo legal e seus consectários princípios do contraditório e ampla defesa. Mas não é só, pois, de acordo com as premissas da doutrina neoprocessualista, para que processo seja justo, ele deve ser o mais dialógico possível. Mas não basta a observância apenas do devido processo legal e o contraditório puro e simples, mas hão de ser observados o seu sentido formal e material e o contraditório também. Mas, ainda conjuntamente com esses princípios, deverão ser analisados os da efetividade, sob pena do enclausuramento processual, o qual faz com que os jurisdicionados entrem dentro de um verdadeiro labirinto sem saída. Nosso legislador, atento a tudo isso, vem, tardiamente, e a passos curtos, em face à burocracia legislativa do nosso sistema, tentando criar normas que condensem essas características principiológicas encetadas dentro de uma lei, como a criação do artigo 273 do CPC, 461, 461-A, 515 § 3º, 285-A e também as leis nº. 11.417 e nº. 11.418. Isso ainda é insuficiente, deve ocorrer uma mudança de postura daquele que é responsável pela prestação da tutela jurisdicional e assim, no caso concreto, dar efetividade à justiça aplicando os respectivos princípios supracitados.

Palavras chaves: Processo civil; Constitucionalização; Flexibilização; Instrumentalidade; Efetividade.

GOTTARDI, Gustavo. Limitação da ampla defesa como forma de garantia da efetividade da prestação da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2009.

ABSTRACT

Based on the new epistemological procedural vision that sees the process through an angle of post-positivism, the procedural vanguard civilian doctrine tries to give a new garment to the process, doing that all the beginnings contained in the Constitution, implicit and explicit, be accomplished in the best possible way. It means that after the Federal Constitution of 1988 is impossible to that there was a paradigm shift change in the sense of interpretation in the juridical norm, and in this way, in certain situations, the judge should visualize through the proportionality, which fundamental rights are in conflict and verify which should be changed in that concrete case. So, for the constitutional commandment be accomplished in the best way, it's indispensable the observance of the beginnings of the legal process in analysis and its other principles of the contradictory and wide defense. But it is not only this, according to the premises of the new procedural doctrine that for process to be exactly, it should be the most talkative as possible. Like this, it's not enough the observance of the legal process and the contradictory pure and simple, but it must be observed its formal and material sense and the contradictory must be observed too in the same way. Also, jointly with these beginnings, the beginnings of the effectiveness must be analyzed, under penalty of the procedural arrest, that makes the jurists enter in a maze without exit. Our legislator, attentive to all this, comes, lately to short steps, in face to the legislative bureaucracy of our system, trying to create norms that condense those beginnings characteristics of a law, as the creation of the article 273 of CPC, 461, 461-A, 515 §3º, 285-A and also the laws nº. 11.417 and nº. 11.418. But it is still not enough; it should make a posture change, from the one who is responsible for the installment of the jurisdictional tutors, and in this way, in the concrete case, give effectiveness to the justice applying the respective mentioned beginnings.

Word-key: Civil process; Constitution; Flexibility; Instrumentary; Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I. ALGUNS PONTOS SOBRE A EVOLUÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	14
1.1 A reforma do Código de Processo Civil.....	18
CAPÍTULO II. PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL	21
2.1 Processo e os direitos fundamentais: o neoprocessualismo como consequência lógica do neoconstitucionalismo	21
2.2 Devido processo legal.....	24
2.2.1 Devido processo legal em sentido material – <i>substantive due process</i>	25
2.2.2 Devido processo legal em sentido formal – <i>procedural due process</i>	28
2.3 Princípio da efetividade	30
2.3.1 Instrumentos de efetivação da segurança jurídica	33
2.3.2 Segurança jurídica e sua importância histórica flexibilizada pelo princípio da efetividade	35
2.4 Princípio do direito de ação	39
2.4.1 Teorias da ação: Um breve relato sobre as teorias da ação	39
2.4.2 Acepção constitucional e processual da palavra ação	41
2.5 Princípio do contraditório	44
2.5.1 Histórico	44
2.5.2 Desdobramentos do princípio do contraditório com base nas teorias da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....	45
2.6 Princípio da adequação/adaptabilidade	48
2.7 Princípio da função social do processo.....	49
2.8 Distinções entre os princípios e as regras no sistema normativo	52
CAPÍTULO III. A EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	58
3.1 Dos direitos fundamentais: Do seu surgimento até sua constitucionalização	58
3.2 A positivação dos direitos fundamentais	61
3.2.1 Direito à organização e ao procedimento	65
CAPÍTULO IV. DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	68
4.1 Flexibilização do formalismo processual	68
4.2 Instrumentalidade das formas e devido processo legal	70
4.3 Adequação do procedimento e forma.....	74
4.4 O ponto de equilíbrio entre a forma e a finalidade: Processo como instrumento à efetivação dos direitos fundamentais.....	80
CAPÍTULO V. LIMITAÇÕES DA AMPLA DEFESA COMO FORMA DE GARANTIA DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL: A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA É EFETIVA	83
5.1 Tutelas cautelares	83
5.1.1 Fungibilidade entre cautela cautelar e antecipada	86

5.2 Tutela antecipada.....	90
5.2.1 Requisitos para se alcançar essa forma de tutela diferenciada	90
5.2.2 Momento da concessão e provisoriedade da tutela antecipada	91
5.2.3 Técnica a ser utilizada a partir da classificação da tutela pleiteada.....	93
5.2.4 Forma de efetivação dessas decisões.....	95
5.2.5 Pressupostos alternativos do artigo 273: Antecipação da tutela com base na evidência.....	100
5.3 Análise de outros importantes instrumentos de limitação da ampla defesa na busca da garantia da efetividade.....	105
5.3.1 Aplicação do artigo 515, § 3º do Código de processo Civil como forma de limitação da ampla defesa	106
5.4 Julgamento de causas repetitivas: Art. 285-A do Código de Processo Civil	109
5.5 Limitações da ampla defesa introduzidas com a Emenda 45/2004: A reforma do Poder Judiciário	114
5.5.1 Repercussão geral.....	116
5.5.2 Presunção legal de repercussão geral	118
5.5.3 Momento para demonstração e apreciação da repercussão geral: Flexibilização da forma como garantia à efetividade	120
5.5.4 Vinculação horizontal e vertical da rejeição de repercussão geral pelo Supremo e a irrecorribilidade das decisões	122
5.5.5 <i>Amicus curiae</i> na repercussão geral.....	124
5.5.6 Repercussão geral por amostragem	125
5.6 Súmula vinculante	128
5.6.1 Edição de súmula, alcance e natureza jurídica	128
5.6.2 Funções da súmula vinculante.....	131
5.6.3 Revisão e cancelamento de súmula	133
5.7 Análise de julgados.....	136
5.7.1 Análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça demonstrando a limitação da ampla defesa na antecipação de tutela.....	137
5.7.2 Análise de julgado demonstrando a limitação da ampla defesa aplicando o § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil.....	141
 CONCLUSÃO.....	 144
 REFERÊNCIAS	 148

INTRODUÇÃO

De forma inovadora, vários direitos e garantias individuais fundamentais foram inseridos em nosso ordenamento jurídico [Constituição Federal de 1988] dentre eles, muitos devem ser observados em um *iter* procedimental para ser considerado justo e em sincronia com o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse sentido, um movimento denominado neoprocessualista, capitaneado por Luiz Guilherme Marinoni e podendo ser encontrada as premissas dessa doutrina em muitas de suas obras, como Teoria Geral do Processo (2008), Técnica Processual e Tutela dos Direitos (2004), Antecipação de Tutela (2008) e seguido por outros autores como Daniel Mitidiero, que também em suas obras, Processo Civil e Estado Constitucional (2007), Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (2008), 2008, analisam o processo por esse viés.

Outros autores como Cândido Rangel Dinamarco, em seu livro, A Instrumentalidade do Processo (2008) e José Roberto dos Santos Bedaque, em sua obra, Efetividade do Processo e Técnica Processual (2006), têm uma visão do processo que entra em sintonia com esse movimento, mas eles falam em instrumentalidade do processo ou das formas, que nada mais é do que a flexibilização procedimental como forma de dar efetividade a prestação da tutela jurisdicional.

Essa doutrina que se inspirou no neoconstitucionalismo, movimento surgido na Europa, no século XX, visava redimensionar o estudo do direito constitucional - alguns autores que podem ser citados como propagadores dessa visão constitucional são Robert Alexy e Ingo Sarlet [este último, no Brasil] que tratam sobre essa mudança paradigmática constitucional em suas obras, Teoria dos Direitos Fundamentais (2008) e Eficácia dos Direitos Fundamentais (2007) - vem acertadamente pugnando pela observância desse novo modelo processual o qual assevera que uma prestação da tutela jurisdicional pode ser justa, se

o processo for visto por um ângulo teleológico, em consonância com o atual Estado Constitucional Democrático de Direito.

Para isso o processo deve ser o mais dialógico possível, respeitando o devido processo legal (material e formal) e seus consectários princípios do contraditório e ampla defesa.

Mas também há de ser respeitado o princípio da duração razoável do processo e da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, pois se não houver observância a eles, todos os outros direitos fundamentais correm o risco de se esvaziarem, pois de nada adiantaria um direito fundamental enclausurado dentro de um processo hermético.

Para que tudo isso seja cumprido da melhor forma possível, outro princípio que se impõe, inevitavelmente, é o da adequação, sempre com base na ponderação, o qual dará ao magistrado, no caso concreto, uma maleabilidade para que um direito fundamental seja realizado de maneira célere, efetiva e dialógica, e sempre justificando suas decisões.

Dessa forma, para que o mandamento constitucional seja observado sob todos esses vieses, imprescindível recorrer à aplicação dos princípios constitucionais, pois se o órgão aplicador do direito se ativer apenas ao uso específico das regras e apenas procedimentos previamente estabelecidos pelo legislador, com certeza, engessarà a atividade jurisdicional que deve ser a mais ampla possível, devendo garantir ao jurisdicionado que foi em busca da sua tutela a efetividade esperada.

O legislador infraconstitucional, mesmo que se esforce de forma hercúlea, nunca conseguirá elaborar leis que acompanhem os avanços das relações comerciais, mas, supondo que conseguisse tal feito, mesmo assim, sempre surgiriam situações diferentes em que a mesma regra não se acoplaria e, dessa forma, o simples exercício de subsunção pelo magistrado cairia por terra.

Outros autores que trabalham com o processo em sintonia com essa corrente de pensamento são: Gilmar Ferreira Mendes, com sua obra, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* (2006) e Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais* (2006, p. 66), e este, em sua obra, expõe que: “o sistema normativo não deve ser interpretado de uma forma ‘lógica-deôntica reducionista’ onde, para caso concreto, deve haver uma hipótese a ele subsumível, mas sim, de uma maneira aberta, utilizando-se dos princípios constitucionais e os direitos fundamentais”.

Os doutrinadores e legisladores, hoje em dia, vêm tentando caminhar nesse sentido, criando normas em consonância com esse movimento neoprocessualista, desapegando-se das amarras tecnicistas e tentando enxergar o direito por um ângulo pós-positivista, em especial o processo, mas ainda é insuficiente.

Nos últimos anos, tanto o legislador constitucional como o infraconstitucional, vêm se esforçando no sentido de criar normas pré-estabelecidas na ânsia de conseguir conter a crise do judiciário. Várias leis foram criadas e incorporadas ao Código de Processo Civil e à Constituição, como a antecipação de tutela, que visa entregar ao jurisdicionado o bem da vida buscado de maneira muito mais célere, mas o magistrado deverá fazer o devido juízo de ponderação previamente estabelecido pelo legislador. Se forem preenchidos os requisitos legais, o bem da vida objetivado ser-lhe-á entregue, antecipadamente, através de uma cognição sumária.

Outras formas de tentativa de efetivação de tutela jurisdicional foram realizadas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, com a criação da repercussão geral e da súmula vinculante, pois ambas visam dar ao Supremo Tribunal Federal um tratamento de uma verdadeira Corte Constitucional, julgando apenas assuntos realmente relevantes para a Nação e que transbordem os interesses pessoais dos jurisdicionados, ou pelo menos era essa a intenção.

Assim, com base nessas premissas pretende-se desenvolver um estudo no sentido de demonstrar a necessidade de limitar a ampla defesa para garantir a efetividade da prestação da tutela jurisdicional pelo juiz, mediante a aplicação dos princípios constitucionais, e também pelo legislador que, conforme será demonstrado mais detidamente, vem implementando várias regras nesse sentido.

CAPÍTULO I. ALGUNS PONTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Um ponto da doutrina processual civil que chama atenção é a constante busca de sua evolução no sentido de criar normas que visem dar celeridade ao processo jurisdicional sem deixar de observar os princípios constitucionais e processuais civis, apenas restringindo-os momentaneamente, em benefício desse direito fundamental à efetividade da prestação da tutela.

Com intuito de implementar o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, parte da doutrina vem se esmerando na busca da aplicação eficaz do princípio da efetividade, pois, segundo alguns processualistas como Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 179), é dele que se extrai esse princípio e formalmente garante a todos o livre acesso ao Poder Judiciário. Mas, hodiernamente, deve ser interpretado de maneira mais abrangente, atribuindo-se um conteúdo substancial, visando não apenas garantir o acesso ao judiciário, mas também impor ao Estado a efetiva prestação jurisdicional em prazo razoável, assegurando, verdadeiramente, os direitos e interesses daquele que busca a tutela Estatal e ainda o consideram o princípio mais importante, pois qualquer direito fundamental corre o risco de se esvaziar se a prestação de tutela for ineficaz.

Esse direito à tutela jurisdicional efetiva engloba o direito à técnica processual adequada, o direito de participar por meio de procedimento adequado e o direito à resposta do Estado-juiz (MARINONI, 2007, p. 180).

Essa nova visão processual civil almeja alcançar um processo civil em consonância com o atual Estado Constitucional Democrático de Direito, um processo civil de resultados, efetivo, mas sem desrespeito ao devido processo legal e seus consectários princípios. Apenas afasta-os, episodicamente, através do sopesamento, quando possível.

Dois aspectos se tornam imprescindíveis para que o processo se afine mais com essa visão de um Estado Democrático e participativo, quais sejam: a necessidade de um maior informalismo e a acentuação do princípio fundamental da cooperação entre o órgão judicial e as partes. Em tal concepção estão inseridos valores indispensáveis para uma visão moderna da doutrina processual (OLIVEIRA, 2003, p. 55-84).

Hoje a doutrina processual civil caminha a passos largos na busca desse afinamento com um Estado Constitucional Democrático de Direito, mas isso não foi sempre assim.

A história do direito processual demonstra um ciclo ascendente de evolução iniciado há muito tempo com um formalismo de caráter simbólico e religioso. Continua com essa atitude exacerbada da Idade Média, até chegar a uma progressiva humanização, contemporânea ao iluminismo e o racionalismo, com a aproximação do magistrado à realização da prova e o contato direto com as partes. Hodiernamente é necessário o juiz ativista, que preza por um processo dialógico, colaborando com as partes e tem em mente sempre a função teleológica do processo (OLIVEIRA, 2003, p. 55-84).

O direito processual civil brasileiro, embora tenha acompanhado essa evolução, preocupou-se muito pouco na busca dessa flexibilização legal, pois há poucos instrumentos que demonstram essa visão teleológica do processo. Esse corte epistemológico ocorreu nos últimos anos, principalmente após a Constituição Federal de 1988, pois ela valoriza sobremaneira os direitos fundamentais, e dentro desses direitos estão contidos o devido processo legal [artigo 5º, LIV], o contraditório e ampla defesa [artigo 5º, LV], como também o direito a uma duração razoável do processo [artigo 5º, LXXVIII]. Dessa forma, passaram a se utilizar de técnicas em que fosse possível a implementação de todos esses princípios, tomando o cuidado necessário para não ferir um ou outro.

No tempo do Brasil Império, o processo civil se limitava a obedecer às leis portuguesas, não ostentava perfil particular, e essa situação prorrogou-se até mesmo após a Independência, já que as Ordenações Filipinas continuaram em vigor (LOPES, 2007, p. 13).

As Ordenações Filipinas passaram a vigorar oficialmente no Brasil a partir de 20 de Outubro de 1823, por força de um decreto (LOPES, 2007, p. 13).

Em 1832, na busca de mudanças para alcançar o seu perfil próprio, tentou-se, com a reforma da administração da justiça civil, alterar esse quadro, mas o esforço restou infrutífero e assim restabeleceu-se o processo das Ordenações (LOPES, 2007, p.13).

Mais a frente, já com a intenção de dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional, os prazos processuais foram reduzidos e as causas comerciais foram disciplinadas com mais objetividade com a inserção do regulamento nº. 737, de 25 de novembro de 1850, no sistema jurídico (LOPES, 2007, p. 13).

Esse regulamento nº. 737 regulava a jurisdição comercial concomitantemente com as Ordenações Filipinas que até aquele momento regulava a jurisdição civil (PACHECO, 1999, p. 25).

Já com a Consolidação Ribas, em 1876, foi dado um importante passo para dar objetividade e celeridade à prestação da tutela jurisdicional. Um ponto muito importante, que merece ser registrado, são as disposições relativas aos poderes dos magistrados no processo (LOPES, 2007, p. 14).

As Ordenações Filipinas sucumbiram após a proclamação da República e através de um novo decreto [763], de 1890, o regulamento nº. 737 passou a abarcar, além do código de processo comercial, o de processo civil também (PACHECO, 1999, p. 25).

A Constituição de 1891 autorizou os Estados a legislarem sobre processo e os códigos mais avançados eram o de São Paulo e o da Bahia, mas com a Constituição de 1934 foi restabelecida a unidade de processo civil em todo País. A co-existência de todos esses

diplomas processuais gerou muita dificuldade e forçou a chamada reunificação de processo civil (PACHECO, 1999, p. 25).

Em 1939, criou-se o Código de Processo Civil [Dec. Lei nº. 1.608, de 18 de setembro de 1939] após muitas divergências entre os membros da comissão encarregada de elaborá-lo, composta pelo Ministro Francisco Campos, Desembargador Edgard Costa e Goulart de Oliveira, e os Doutores Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins (PACHECO, 1999, p. 25).

O primeiro projeto entregue foi de autoria de Pedro Batista Martins, revisado por Guilherme Estelita, sendo o primeiro Código Unificado de Processo Civil Brasileiro (PACHECO, 1999, p. 25).

Esse Código de 1939 representou um grande avanço para a época, pois consagrava o princípio da publicidade, da oralidade e ainda dava ao juiz mais poderes quando da instrução probatória (LOPES, 2007, p. 14).

Ocorre que, mesmo com esses avanços técnicos, o Código de Processo Civil ainda continha um excessivo número de procedimentos especiais e o sistema recursal era sobremaneira complicado, sendo um empecilho à efetividade da prestação jurisdicional.

Assim, em 1964, ante as reclamações da comunidade jurídica em face à morosidade, foi confiado ao Professor Alfredo Buzaid a missão de elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil sob os influxos de uma doutrina mais evoluída e moderna, especialmente Liebman e Pontes de Miranda. Assim, após a análise revisora pela comissão constituída por José Frederico Marques, Luiz Antônio de Andrade e Barbosa Moreira, ele foi convertido em projeto com a inserção de várias emendas, na Câmara dos Deputados, sendo transformado na Lei nº. 5.869 de 11 de dezembro de 1973, passando a vigor apenas em 01 de janeiro de 1974, sendo conhecido como Código Buzaid (LOPES, 2007, p. 14).

Esse novo Código significou um grande avanço, mas as críticas não deixaram de ser feitas.

Entre os aspectos positivos da nova sistemática processual de 1973, podem ser destacados os seguintes: “a) preocupação com o rigor técnico e sistemático; b) introdução do julgamento conforme o estado do processo; c) tentativa de simplificação do sistema de recursos” (LOPES, 2007, p. 14); já os aspectos negativos são:

a) manutenção do excessivo número de procedimentos especiais; b) adoção do procedimento sumaríssimo em descompasso com a anacrônica estrutura da máquina judiciária; c) ampliação do âmbito de admissibilidade de recursos contra decisões interlocutórias; d) despreocupação com o processo de execução (LOPES, 2007, p. 14).

Mesmo diante de tantos aspectos negativos das supracitadas alterações legislativas, fica fácil perceber, ao longo dos anos, a busca incessante dos processualistas no sentido de adequar o processo conforme as necessidades sociais vão aumentando, e isso implica na busca pela efetividade de seus procedimentos e institutos para permitir a plena realização do direito, pois a complexidade da sociedade exige que o direito a acompanhe e tenha eficácia social em sua atuação.

1.1 A reforma do Código de Processo Civil

Com a entrada em vigor do estatuto processual civil de 1973, muitos problemas ainda restantes e que passaram a surgir, passaram a ser discutidos nos vários congressos realizados pelo país (MARCATO, 2006, p. 137).

Em 1980, foi realizado em Curitiba, o I Encontro Nacional de Processo Civil, sendo que na ocasião várias propostas de alterações no CPC de 1973 foram apresentadas, mas também com a possibilidade de impugnação oral pelos processualistas participantes (LOPES, 2007, p. 15).

Assim, ficou constatado que o novo estatuto processual necessitava de muitos ajustes e também o seu distanciamento da realidade forense. Mas essas propostas aprovadas por esses processualistas não conseguiram vencer a barreira do legislativo e, manteve-se o diploma processual de 1973 (LOPES, 2007, p. 15).

Após longo período de esquecimento, em 1985, nova tentativa de reforma foi feita “por meio de um trabalho realizado por uma comissão nomeada pelo Governo Federal e composta por diversos processualistas, dentre eles Calmon de Passos, Kazuo Watanabe e Sérgio Bermudes” (MARCATO, 2006, p. 134-135), com a elaboração de um esboço que sequer chegou a entrar em fase de procedimento legislativo, apenas servindo de base para um trabalho posteriormente elaborado em 1992, por uma comissão que teve como seu maior nome o Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira, que alinhavou os aspectos mais importantes a serem alterados:

a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico, deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, valendo-se, para tanto, inclusive, de experiências anteriores; c) encaminhar as sugestões não em um único projeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para facilitar a tramitação e viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, sendo de recordar-se que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho e que os procedimentos no Parlamento muitas vezes também variam conforme a natureza e relevância da matéria; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos se necessário (v.g., CPC, arts. 272/273, 460/461, 487/479), mas sem alterar a fisionomia dos Códigos; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os seguimentos interessados, nela integrando foro e universidade, professores e profissionais, juízes e advogados, defensores e representantes do Ministério Público (LOPES, 2007, p. 16).

Esse trabalho resultou na inserção de vários artigos que visavam primordialmente dar agilidade à prestação jurisdicional, simplificar os procedimentos e desburocratizar o andamento dos feitos. Dentre essas mudanças pode-se citar: “a) modificação da prova pericial; b) introdução da tutela antecipada e tutela específica; c) alteração do regime de agravo de instrumento; d) inclusão, no sistema, da ação monitória etc.” (LOPES, 2007, p. 16).

Com a nova reforma de 1994, pela Lei nº. 8.952, privilegiou-se a interposição de agravo de instrumento, pois a distribuição era feita diretamente para o relator, o qual tinha poderes para suspender o recurso. Assim houve um excesso de interposição desse tipo de recurso, já que através do mesmo era muito mais rápido manifestar seu inconformismo, e isso gerou um acúmulo de processos nos Tribunais e conseqüente entrave no Poder Judiciário.

Em face disso, uma nova comissão foi constituída pela Escola Nacional da Magistratura e o Instituto Brasileiro Processual com a intenção de fazer eventuais alterações nas reformas feitas em 1994 (LOPES, 2007, p. 18).

Em 1999, esse novo anteprojeto foi dividido em três menores, trilhando o mesmo caminho da reforma de 1994, para facilitar a tramitação no legislativo. Eles restaram divididos da seguinte forma: “1º. relativo à complementação da reforma; 2º. referente ao processo de conhecimento [Anteprojeto 14]; 3º. relativo aos recursos [Anteprojeto 15]” (LOPES, 2007, p. 18).

Dessa forma, ante a filosofia que inspirou tais alterações, quais sejam: agilização, desburocratização e simplicidade, a reforma assumiu um caráter permanente, tudo isso para estar em permanente busca e consonância com um processo democrático, dialógico, justo (MARCATO, 2006, p. 138).

Em 2004, mais mudanças foram realizadas no panorama processual com a inserção das Súmulas Vinculantes e da Repercussão Geral, sempre na intenção da constante busca de agilização do procedimento jurisdicional, na tentativa de solucionar o entrave no judiciário.

Alterações significativas também foram realizadas com as Leis nº. 11.232/2005 e nº. 11.382/2006, relativas ao cumprimento de sentença, tornando o processo sincrético, dando agilidade ao feito e também com relação à execução extrajudicial (MARCATO, 2006, p. 139).

CAPÍTULO II. PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL

2.1 Processo e os direitos fundamentais: O neoprocessualismo como consequência lógica do neoconstitucionalismo

O movimento denominado de neoprocessualismo ocorreu em decorrência do chamado neoconstitucionalismo, movimento que surgiu aproximadamente na segunda metade do século XX, a partir da Segunda Grande Guerra Mundial, na Europa. Com a derrota dos regimes totalitários, verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para defesa do cidadão frente aos abusos que pudessem ser cometidos pelo Estado e também mecanismos efetivos de controle da Constituição [jurisdição constitucional] (MARINONI, 2008, p. 43).

O neoconstitucionalismo visava redimensionar o direito constitucional e tinha como características principais: a difusão dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional (CAMBI, 2007, p. 22).

A força normativa de uma constituição é sempre maior na medida em que os órgãos incumbidos de interpretá-la e aplicá-la o fazem de maneira a preservar, potencializar atualizar os princípios e valores nela contidos em face da realidade histórica, política e social vigente (HESSE *apud* SORMANI; SANTANDER, 2008, p. 117-118).

Pregava a transformação de um Estado Legal para um Estado Constitucional. Esse movimento se espalhou para todos os ramos do direito, inclusive para o processual civil, surgindo assim o neoprocessualismo o qual assevera ser a Constituição Federal o ponto de partida para a argumentação jurídica e interpretação, assumindo, assim, um caráter fundamental na construção do chamado neoprocessualismo (MARINONI, 2008, p. 45).

O processo para que esteja em conformidade com o atual Estado Constitucional Democrático de Direito em que se deseja viver, deve ser estudado não só à luz da Constituição Federal, mas principalmente pela perspectiva dos direitos fundamentais. A nossa Carta Magna de 1988, de maneira inovadora, deu um grande passo nesse sentido, incluindo em seu rol de direitos e garantias fundamentais vários dispositivos de natureza processual (MITIDIERO, 2007, p. 25).

Em razão disso, o modo de construção da norma jurídica foi alterado de maneira radical, pois antes da Constitucionalização do direito privado a Constituição não passava de uma Carta Política, um simples papel, e dessa forma as leis infraconstitucionais estavam no centro de tudo, assim, a “lei perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais” (CAMBI, 2007, p. 23-24).

Houve uma alteração na forma de atuação do órgão julgador dentro do processo e:

[...] a função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Guiseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da *judicial review* desenvolvida historicamente em 1803 no caso *Marbury v. Madson*¹, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

A supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal um importante alicerce teórico. Ao se incluir no rol do artigo 5º da CF a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

¹ No final de 1801, antes do término de seu mandato, o Presidente norte-americano John Adams apontou Willian Marbury para um cargo no judiciário federal norte-americano 11. O novo Presidente, Thomas Jefferson, do partido rival, assumiu antes que Willian Marbury tomasse posse e recusou a sua nomeação ao cargo de juiz federal. Inconformado Marbury demandou James Madison, secretário de Estado de Thomas Jefferson, na Suprema Corte, a fim de que o Judiciário ordenasse Jefferson a nomeá-lo magistrado federal. James Madison simplesmente não contestou o pedido, ignorando que a matéria estivesse pendente no Judiciário. O Presidente da Suprema Corte John Marshall, que havia sido secretário de Estado de John Adams, foi colocado em situação difícil, pois, se determinasse que Marbury fosse empossado, não teria como implementar o comando e a Suprema Corte ficaria desmoralizada; por outro lado, o mesmo Tribunal ficaria desmoralizado se desse razão a Jefferson que tinha ignorado à demanda. Diante deste impasse, John Marshall, após criticar Jefferson e a política de seu partido, considerou inconstitucional (nulo) o Ato Judiciário de 1799, que fundamentava a pretensão de Marbury. Em outras palavras, Marshall deu razão a Marbury, mas considerou que seu pedido estava calçado em regra inconstitucional. Com isto, não enfrentou o Presidente Thomas Jefferson, salvou a Suprema Corte do descrédito e deu início ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (CAMBI, 2007, p. 09).

ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia da inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa) (CAMBI, 2007, p. 24).

Esse direito fundamental à tutela efetiva, célere e adequada vincula não apenas o magistrado, mas também o administrador e o legislador, isso por que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva.

Melhor dizendo, esses direitos são considerados a um só tempo: direitos subjetivos e elementos fundamentais de ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, os cidadãos podem exercer seus direitos fundamentais em face dos órgãos estatais, mesmo que eles estejam previstos numa norma de eficácia limitada, forçando as autoridades a legislá-los por meio de mandado de injunção, por exemplo. O processo, numa acepção subjetiva, deve ser adequado à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, o processo não pode dificultar a tutela dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 185).

Importante ressaltar que a Corte Suprema, com sua nova composição nos julgamentos dessas ações - Mandado de Injunção - vem mudando de posicionamento e adotando uma posição da corrente concretista [geral, individual e intermediária], ou seja, o Supremo Tribunal Federal pode concretizar a norma com efeitos *erga omnes* [concretista geral], em razão do ativismo judicial. Antes, com uma postura mais tímida, o Supremo Tribunal Federal adotava a corrente não-concretista, pois entendia que o Poder Judiciário não podia concretizar a norma e se agisse assim estaria atuando como legislador positivo, usurpando a função legislativa.

Em sua dimensão como elemento fundamental na ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base de um ordenamento jurídico de Estado Democrático de Direito, constituem um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado. O processo tem de estar em conformidade com os direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 179).

Dessa forma, é possível quebrar a clássica dicotomia entre direito e processo, passando-se a falar em instrumentalidade do processo e em técnicas processuais (DINAMARCO, 2008, p. 195).

Se os princípios constitucionais processuais forem observados como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, devem-se extrair as seguintes consequências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este imposta pelo respeito a outros direitos fundamentais (GUERRA FILHO, 1997, p. 100).

2.2 Devido processo legal

Segundo Nelson Nery Jr. (2004, p. 60), é o princípio fundamental sobre o qual todos os outros se sustentam originando-se da expressão inglesa *due processo of Law*. De acordo com o autor, bastaria que a constituição tivesse adotado apenas o respectivo princípio para garantir todos os demais que são espécies.

A Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215, é considerado o primeiro documento que teria feito menção ao princípio do devido processo legal, mas o termo consagrado hoje, *due processo of Law*, foi o *Statute of Westminster of the Liberties of London*, que primeiro se referiu a ele (GRINOVER, 1982, p. 19).

Várias leis americanas consagraram esse princípio antes da Constituição Federal Americana de 1787, como a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de agosto de 1776, a Declaração de Delaware, de 02 de setembro de 1776, a Declaração dos Direitos de Maryland,

de 03 de novembro de 1776, que pela primeira vez fez referência expressa ao trinômio, vida-liberdade-propriedade. Após veio a Declaração dos Direitos da Carolina do Norte, em 14 de dezembro de 1776 e, finalmente, o postulado foi incorporado à Constituição da Filadélfia.

Conforme visto, o princípio do devido processo legal já existe há mais de 800 anos, pois já constava na Carta Magna de 1215. Ocorre que, com o passar dos séculos, ele foi se adequando de acordo com a evolução de cada sociedade, assim, atualmente, para que seja respeitado tal princípio, deve haver a observância ao devido processo legal no sentido material [*substantive due process*] e formal [*procedural due process*] e ainda, o processo deve ter uma duração razoável, deve ser adequado/adaptável e também respeitar o princípio da efetividade, tudo isso em conformidade com uma visão instrumentalista, neoprocessualista.

2.2.1 Devido processo legal em sentido material [*substantive due process*]

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Daí decorre a necessidade do legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, respeitando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Toda lei que não for proporcional e razoável é contrária ao direito, merecendo ser expurgada do ordenamento jurídico através dos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis (NERY JR., 2004, p. 67).

O devido processo legal, em sua dimensão substancial, tem correspondência como princípio da proporcionalidade. Carlos Augusto de Assis (2001, p. 64-65) arremata tal entendimento com conclusões tiradas da jurisdição do Supremo Tribunal Federal:

Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a idéia equivocada de que a acepção substancial do *due process of Law* não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor liberdade para o julgador do que os do tipo *judge makes law* [...]; c) reforça a idéia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como no clássico dilema entre celeridade e segurança.

Assim, convém fazer algumas ponderações sobre o denominado princípio que se encontra implícito no texto constitucional. Para uma parte da doutrina ele pode ser abstraído do sistema de direitos fundamentais, mas para outra, deve ser tirado do princípio do Estado Democrático de Direito [artigo 1º da Constituição Federal], sendo uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte e que, sem ele, não há como realizar o mandamento dessa fórmula respeitando ao mesmo tempo os interesses individuais, coletivos e públicos (GUERRA FILHO, 2005, p. 16).

Esse princípio se desdobra em três máximas parciais, quais sejam: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 117).

O meio a ser utilizado pelo legislador deve ser adequado para que se atinja o fim alvejado, dessa forma, as medidas interventivas adotadas devem se mostrar mais aptas a atingir o objetivo pretendido (ALEXY, 2008, p. 117).

Mas não basta que o meio utilizado seja o mais apto para alcançar o fim, deve ainda se optar entre os vários meios existentes o mais suave dentre os possíveis, ou seja, o menos gravoso, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos (MENDES, 2006, p. 50).

Segundo Gilmar Mendes (2006, p. 50), o juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

Com relação à proporcionalidade em sentido estrito, significa que não deve se desprestigiar o núcleo essencial de nenhum desses princípios, onde se encontra a dignidade humana, devendo apenas ser afastados momentaneamente em benefício de outro (GUERRA FILHO, 2005, p. 95).

Esse princípio influenciou a teoria do direito, pois, hoje, o sistema normativo não deve mais ser tratado como um sistema fechado de regras, de acordo com uma “lógica-deontológica reducionista” em que para cada fato deve haver uma hipótese normativa a qual a ele se encaixa, mas sim como um sistema aberto, sendo necessário, em certos casos, utilizar-se de preceitos abstratos, lançando mão dos princípios fundamentais para que seja feita justiça ao caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade (GUERRA FILHO, 2005, p. 66).

Pode-se ver a aplicação desse princípio em vários ramos do direito, mas no momento, o que realmente interessa é sua aplicação na doutrina processual civil, mais especificamente no momento da ponderação pelo juiz ou pelo legislador para que o princípio fundamental da efetividade seja aplicado em prejuízo de outros direitos fundamentais processuais, como devido processo legal e seus consectários.

Segundo Luís Roberto Barroso (2001, p. 20):

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes são os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Dessa forma, o princípio do devido processo legal deve ser sempre analisado em ponderação com o princípio da efetividade, à luz do princípio da proporcionalidade, pois a defesa da supremacia de normas constitucionais não pode se subsumir a dizer que uma norma

positivada na constituição deve ser examinada isoladamente e sua supremacia hierárquica ser reconhecida de maneira absoluta em face às demais normas do sistema, devendo sim ser feita a integração com o todo (BARROSO, 2001, p. 20).

De acordo com nova epistemologia processual, com base no movimento neoprocessualista, que está sempre com os olhos voltados a esse contexto principiológico e assevera que o processo deve ser dialógico e ético, vem se consagrando:

[...] a garantia ao processo sem dilações indevidas, a reclamar julgamento dentro de um prazo razoável, que tem sido por demais prestigiado nos dias de hoje, inclusive em sede constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF), dada a inafastável repercussão do tempo na efetividade da tutela jurisdicional (CRUZ e TUCCI, 2006, p. 103-104).

Portanto, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser observada sempre, em todo o procedimento, para que ninguém seja privado de seus direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, com todos os meios e recursos a ele inerentes; Noutro giro, e dentro da mesma ordem de importância, imperioso que se assegure a todos um processo célere e com prazo razoável de duração. Afinal, é a própria Carta da República Federativa do Brasil que, em seu artigo 5º, LXXVIII, expressamente assevera: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

2.2.2 Devido processo legal em sentido formal [*procedural due process*]

De acordo com a doutrina, o devido processo legal em sentido formal seria o direito de acesso à justiça, o direito de ser processado e de processar de acordo com normas previamente estabelecidas, deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível.

Em sentido processual, o princípio do devido processo legal alcança um significado mais restrito. No direito processual estadunidense, o *procedural due process* [devido processo legal no sentido formal] propicia ao litigante:

a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base de ação governamental; b) um juiz imparcial; c) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas perante o juiz; e) a chance de reperguntar as testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos (NOWAK, ROTUNDA e YOUNG *apud* NERY JR., 2004, p. 68-69).

O devido processo legal no sentido processual norte-americano possui outras conseqüências além desses elementos essenciais, quais sejam:

a) o direito a processo com necessidade de haver provas; b) o direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; c) o direito a uma audiência pública; d) o direito à transcrição dos atos processuais; e) julgamento pelo tribunal do júri (civil); f) o ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual (NOWAK, ROTUNDA e YOUNG *apud* NERY JR., 2004, p. 69).

Conforme afirma Cruz e Tucci (1999, p. 259-260):

Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Desdobram essas nas garantias: a) acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e um lapso razoável.

Conclui-se, portanto que, em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata.

É nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira utiliza o princípio do devido processo legal, muito mais abrangente, conforme se pode verificar ao analisá-lo no sentido material [*substantive due process*], pois conforme visto, não basta que o litigante tenha:

a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação (NERY JR., 2004, p. 70).

Dessa forma, não há como conceber a análise de tal princípio apenas por esse viés, pois isso é o mínimo que deve ser proporcionado ao litigante dentro de um Estado Democrático de Direito.

Na Constituição Brasileira há o princípio do Estado Democrático de Direito que é o princípio estruturante da nossa Carta Maior e se consubstancia no artigo 1º, os princípios constitucionais gerais, nos incisos do artigo 1º da Constituição Federal, sendo que inserido neste último, temos vários princípios, dentre eles, destaca-se o da dignidade da pessoa humana que se densifica no artigo 5º, trazendo uma plêiade de direitos fundamentais, dentre os quais, vários são processuais, que precisam ser observados, e dessa forma, se o devido processo legal for analisado apenas sob o enfoque processual, muitas injustiças serão cometidas, como seu arrastamento por tempo desnecessário.

2.3 Princípio da efetividade

Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 179) entende que o denominado princípio deve ser subtraído do artigo 5º, XXXV, da CF, onde está dito que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

O citado autor (2004, p. 179) entende que o direito à prestação jurisdicional efetiva é o mais importante de todos os princípios, pois ele constitui a prerrogativa de fazer valer os próprios direitos, e que a tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, mas

também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva requer a proteção de qualquer direito e não apenas a proteção de direitos fundamentais e, nesse ínterim, o único direito fundamental em jogo seria o próprio direito à efetividade da tutela, que não se confunde com o objeto do direito material. O supracitado autor entende que o direito de ação, ou o direito de ir ao judiciário [artigo 5º, XXXV], deve se pensado como direito à tutela jurisdicional efetiva (MARINONI, 2004, p. 180).

Essa efetividade significa que a tutela deve ser tempestiva, que em muitos casos deve se consubstanciar em uma antecipação de tutela, desde que haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda restar caracterizado o abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu ou a fundada em parcela incontroversa da demanda [art. 273, § 6º, Código de Processo Civil].

A técnica antecipatória tem o objetivo de redistribuir o ônus do tempo, permitindo que decisões sobre o mérito sejam tomadas no decorrer do processo. Ainda, de acordo com o pensamento do referido autor (2004, p. 180), parte-se da premissa que o requerente de uma demanda não é obrigado a suportar a demora de um processo quando há abuso de direito de defesa ou ainda quando um dos pedidos for incontroverso.

Mas esse princípio é muito mais abrangente e a doutrina processual civil moderna se foca com muita intensidade nesse princípio da efetividade que, resumidamente, significa: o “processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (DINAMARCO, 2008, p. 355).

Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 371) define a efetividade no mesmo sentido: “O ideal de acesso à justiça se confunde com a aspiração de efetividade da prestação

jurisdicional. Por efetividade entende-se a aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos para que se constitui”.

Essa visão teleológica moderna de pensar o processo é uma preocupação que há muito já havia sido questionada por Chiovenda, da seguinte forma: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”. Ocorre que tal pensamento fora formulado em um momento histórico onde o positivismo exacerbado não dava abertura ao sistema, “ela está inserida em um conceito muito individualista e de marcado positivismo jurídico, em que se via somente o escopo jurídico do processo, sem preocupações pelo social e pelo político” (DINAMARCO, 2008, p. 189).

A inefetividade na prestação de tutela jurisdicional é, sem dúvida, o maior problema a ser resolvido pelo judiciário e sua razão de existir é certamente por causa do formalismo exagerado, da possibilidade de uma gama enorme de recursos aos litigantes que, na grande maioria, têm o intuito meramente protelatório, o recrudescimento da sociedade, das relações comerciais e também por falta de estrutura no judiciário, pois na grande maioria das cidades brasileiras há um número infinito de processos para cada juiz, tornando impossível a efetividade com qualidade e segurança, pois, indubitavelmente, há muitos juízes extremamente capacitados de conjugarem essas qualidades inseparáveis se o sistema lhes proporcionar aparato suficiente para isso.

Mas isso não significa dizer que esses últimos estão isentos de culpa, devendo ser compartilhada também com outros servidores públicos [promotores, oficiais, escrivães e outros] que também ajudam para que isso aconteça, malbaratando seu tempo ao invés de se dedicarem com maior presteza à prestação da tutela jurisdicional.

É a somatória de todos esses problemas que acaba por desencadear essa crise pela qual o judiciário vem passando e por isso as soluções devem ser tomadas de maneira conjunta.

É necessário que se implemente rapidamente um novo método de pensamento, colocando um ponto final nas velhas posturas introspectivas do sistema e voltando os olhos para a realidade extraprocessual (DINAMARCO, 2008, p. 210).

O processo civil, visto por um ângulo de um Estado Constitucional Democrático, inevitavelmente deve ser conduzido para que seja analisado sempre por um método formalista - valorativo, conforme assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ou seja, “requer, no que agora nos interessa observar, o reconhecimento da importância e da eficácia potencializada dos direitos fundamentais processuais na construção de um processo justo” (MITIDIERO, 2007, p. 62).

Outro ponto a ser observado nesse campo da efetividade é que a “relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez procedimental são sinônimas de previsibilidade e segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio” (GAJARDONE, 2008, p. 85).

2.3.1 Instrumentos de efetivação da segurança jurídica

Em primeiro lugar, é imprescindível uma normatização das regras para que se instale um sentimento de segurança aos jurisdicionados. Boas ou não, elas são importantes dentro de uma sociedade.

São relevantes sob pena de haver retrocesso aos regimes totalitários de outrora, quando a vontade dos déspotas vigorava. Em uma sociedade na qual cada um faça aquilo que

entenda como certo, com certeza, abusos de toda ordem serão cometidos, conforme se verifica ao revisitar o passado não muito remoto.

Além das normas postas, importantes também são os precedentes e as jurisprudências na interpretação das leis, pois é através do julgamento do caso concreto que elas vão se amoldando à Constituição Federal e também é dessa mesma forma que a própria Carta Maior vai se adequando aos princípios constitucionais e assim os precedentes dos Tribunais, as jurisprudências vão se tornando verdadeiras regras de conduta da sociedade.

Para que a segurança jurídica se torne efetiva, num segundo momento é necessário não só a previsibilidade da norma positivada pelo legislador ou a construída pelo julgador, no sistema da *common law*, mas também que a regra do caso concreto se torne definitiva, transitando em julgado determinada decisão.

Dessa forma, quando determinado negócio jurídico por qualquer motivo não for cumprido, o autor ajuizará a demanda sob determinada fundamentação - norma posta - e, dependendo da natureza jurídica do negócio, irá almejar uma sentença declaratória, condenatória ou constitutiva [classificação ternária], que colocará fim à discussão e também na situação de instabilidade, gerando a real segurança jurídica.

Nada seria resolvido definitivamente se as leis ou as decisões pudessem a qualquer momento ser questionadas ou novamente debatidas, pois isso geraria uma imensa instabilidade, e assim “para as relações sociais fluírem regularmente e com segurança, essencial a previsibilidade, para o futuro e para o passado” (CÔRTEZ, 2008, p. 33).

2.3.2 Segurança jurídica e sua importância histórica flexibilizada pelo princípio da efetividade

Muito se dedicou ao estudo da justiça, de Aristóteles, passando por Kant, até os dias atuais. Chaïm Perelman *apud* Côrtes (2008, p. 21) definiu esse conceito de justiça, sem a pretensão de esgotá-lo, dando uma noção comum às diversas concepções. “A cada qual a mesma coisa”, “a cada qual segundo seus méritos”, “a cada qual segundo suas obras”, “a cada qual segundo suas necessidades”, “a cada qual segundo sua posição”, “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui”.

O autor (2008, p. 21) conclui que, a parte comum em todas as concepções de justiça só é encontrada quando se trata de sua definição formal. Mas todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar da mesma forma as pessoas que são iguais sob determinado ponto de vista.

A justiça formal é “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (PERELMAN *apud* CÔRTEZ, 2008, p. 21).

Vê-se como a justiça formal é conciliável com as mais diferentes filosofias e legislações, como se pode ser justo concedendo a todos os homens os mesmos direitos, e justos concedendo direitos diferentes a diferentes categorias de homens, justo segundo o direito romano e justo segundo o direito germânico (PERELMAN *apud* CÔRTEZ, p. 21).

Para que se utilize a regra da justiça formal será necessário resolver se uma situação nova é ou não semelhante àquela antiga que poderia servir de precedente, decidir se as diferenças que separam ambos os casos são ou não afastáveis.

Gustav Radbruch *apud* Côrtes (2008, p. 22), partindo da idéia de justiça contributiva de Aristóteles, que reconhece que todos devem ser tratados de maneira igual na medida de

suas desigualdades, mas não responde, todavia, quem deve ser tratado como iguais ou como desiguais apenas com base nesse pensamento aristotélico.

Segundo o autor, além da idéia de justiça, é importante saber a finalidade para que serve o direito, o que também não há uma resposta segura mas sim uma orientação relativista, apenas idiosincrasias. E o direito, na qualidade de norma regulamentadora de vida social, não pode ficar entregue ao livre arbítrio de cada um, a diferentes opiniões.

Desse modo, entra a terceira exigência, que é a segurança, a certeza, a condição da paz social, que exige, em primeiro lugar, a positividade do direito. A positividade do direito é um pressuposto de sua certeza.

Dessa forma, ainda que não haja um consenso sobre a finalidade do direito e qual a justiça a ser atingida, em um determinado momento deverão ser aceitas determinadas normas que regulem a sociedade, para que se tenha uma segurança jurídica e os indivíduos possam guiar suas vidas com um pouco mais de previsibilidade (CÔRTEZ, 2008, p. 23).

Mas a segurança jurídica é alcançada não só com a positivação das normas, mas também com as sentenças proferidas pelos magistrados: “Certeza, propriamente, tem-se quando o poder vem positivado em atos concretos, como a sentença: aí sim, é que se pode ter certeza quanto à existência ou inexistência dos direitos e obrigações afirmados ou negados” (DINAMARCO, 2008, p. 280).

Esse entendimento está em consonância com a nova visão epistemológica do direito, pois todas as normas-regras devem ser analisadas conjuntamente com a norma constitucional, porque se estiverem em contradição com seus princípios, não há como entender que tal norma possa ser válida, apesar de vigente. Assim, apesar de ela estar positivada, pode ter sido implicitamente revogada ou por outra lei ou pela própria constituição (MARINONI, 2008, p. 56).

Mas se porventura forem aplicadas mesmo assim, o papel do juiz é repeli-la, já que, quando uma norma-regra entra em conflito com um princípio, este deve prevalecer se a primeira for incompatível com a constituição.

Sendo assim, o papel do magistrado é de extrema importância e de acordo com entendimento de Candido Rangel Dinamarco (2008, p. 18) a segurança jurídica só será atingida com a respectiva sentença, e as sentenças são as normas jurídicas com o maior grau de concreção.

Segundo Guerra Filho (2005, p. 69):

A ordem jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios pode continuar a ser concebida, à La Kelsen, como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de concreção, em um ordenamento jurídico de estrutura escalonada (*Stufenbau*). No patamar mais inferior, com maior grau de concreção, estariam aquelas normas ditas individuais, como a sentença, que incidem sobre situação jurídica determinada, a qual se reporta a decisão judicial. O grau de abstração vai então crescendo até o ponto em que não se tem mais regras, e sim princípios, dentre os quais, contudo, se podem distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração.

Portanto a segurança jurídica não será alcançada apenas com a existência de normas postas, mas com a prolação de sentenças dos órgãos judicantes e também com a imutabilidade dessas decisões, dando ao jurisdicionado que foi em busca da sua tutela a real paz de espírito que deseja alcançar.

Mas acontece que para se chegar à sentença e alcançar essa segurança, muitas vezes será preciso alterar o procedimento, adequando-o ao caso concreto, não se utilizando da existência de uma norma pré-estabelecida, “pois a experiência aconselha mudá-las quando sua utilização torna estéril e dissipa os fins do processo” (GAJARDONE, 2008, p. 84).

E essa alteração procedimental não prevista em lei, feita pelo magistrado na busca da efetividade jurisdicional não significa o arbítrio do órgão judicante ou ainda seguir determinados procedimentos ao seu livre talante, mas apenas aplicar os princípios constitucionais ao caso concreto, fazendo a devida ponderação.

Se a segurança jurídica consiste na previsibilidade de ações futuras e suas conseqüências, esse possível arbítrio pode ser evitado independentemente dessas regras de procedimento estarem ou não encerradas numa norma previamente estabelecida, pois:

[...] para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham.

Sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível (GAJARDONE, 2008, p. 85).

Não se pode negar que um certo grau de rigorismo “é a espinha dorsal do processo”, e “seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos”, mas a rigidez absoluta é regra não condizente com a função teleológica processual que deve buscar em cada caso concreto a tutela mais adequada e justa, já que vive-se em uma sociedade globalizada, e os conflitos proliferam vertiginosamente, não sendo acompanhados pelas alterações legislativas (GAJARDONE, 2008, p. 86).

O juiz, como agente político do Estado, órgão responsável pela prestação eficaz de tutela jurisdicional, conseqüentemente deve ter os poderes inerentes para que isso aconteça da melhor forma, assim inexistente “razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa” (DINAMARCO, 2008, p. 199).

2.4 Princípio do direito de ação

2.4.1 Teorias da ação: Um breve relato sobre as teorias da ação

Antes de tratar da acepção constitucional e processual da palavra ação, importante tratar sobre suas teorias que foram sendo desenvolvidas ao longo dos séculos.

Antes de a ciência processual alcançar os atuais contornos, quando se vivia numa fase exclusivamente privatística do direito, a teoria que imperava sobre o direito de ação era a imanentista, que dizia mais ou menos o seguinte: “a todo direito [material] há uma ação [processual] que o assegura e a ele corresponde” (OLIVEIRA, 2008, p. 83).

Essa teoria não conseguia explicar alguns fenômenos externos ligados ao direito, exemplo disso é a ação declaratória, em que o autor pode impetrá-la para tentar buscar o reconhecimento da inexistência de uma relação jurídica. Essa teoria não admitia autonomia entre o direito material e processual, assim a existência ou inexistência de um era também a existência ou inexistência de outro (OLIVEIRA, 2008, p. 83).

Foi com a teoria abstrativista da ação, já sustentada na obra de Bülow, que se reconheceu à autonomia do direito processual em relação ao material e as separaram a partir da diferença jurídica do direito material e aquela que se instala no curso do procedimento judicial (OLIVEIRA, 2008, p. 83).

Para os adeptos dessa teoria, a existência de um direito material é irrelevante para explicar o direito de ação, e sequer falar em procedência ou improcedência da ação, já que ela é um direito fundamental previsto constitucionalmente. O que pode ser julgado improcedente é o pedido, jamais a ação.

A teoria abstrata da ação é a de maior aceitação na doutrina processual no mundo e que também daria as respostas que a teoria imanentista ficou devendo, sobretudo com relação

às ações declaratórias, em que o autor pode buscar o reconhecimento da inexistência de uma relação jurídica.

Para a teoria abstrata, o direito de ação é o direito ao processo, à jurisdição, independentemente da relação de direito material, qualquer que seja a decisão dada não lhe será negado o direito de ação.

O que é procedente ou não para os abstrativistas é o pedido, e não a ação.

Já para a teoria concretista, desenvolvida principalmente por “Adolph Wach, na Alemanha, em 1885”, o direito de ação estava intimamente ligado à vitória. Para eles, se o jurisdicionado fosse às barras do Poder Judiciário e perdesse a demanda, não teria o direito de ação. Só o teria quem tivesse o direito material (OLIVEIRA, 2008, p. 85).

Wach dirigia suas críticas às teorias abstratas sob o argumento principal de que a provocação da jurisdição não poderia ser considerada exercício de qualquer direito, mas simples faculdade. Para ele, o fato de se admitir uma demanda sem finalidade específica de proteção a direito configuraria apenas uma [...] *formulação subjetiva da proposição jurídica abstrata*, sem correspondência a uma ordenação jurídica concreta (TORNAGHI *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 85).

Para essa corrente ação é o direito a um julgamento de mérito, sem importar-se favorável ou não. Se a decisão não for de mérito o autor não terá direito de ação, diferentemente da teoria abstrativista que entende que esse direito é o próprio direito de ação, à jurisdição, independentemente do resultado alcançado.

Há também a teoria mista, adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. Os adeptos dessa corrente entendem que as condições da ação não são questões de mérito, mas anteriores a ele, assim, para ela, a carência de ação é diferente de improcedência de ação.

O principal nome dessa corrente doutrinária foi Enrico Túllio Liebman, e o nosso Código de Processo Civil de 1973 foi fortemente influenciado por ele através de seus adeptos.

A principal crítica tecida a essa corrente é que é muito difícil separar o que é condição de mérito, principalmente quando se estuda a legitimidade ad causam e a

possibilidade jurídica do pedido, pois muitas vezes quando se analisa a possibilidade ou a legitimidade jurídica do pedido já está se analisando o mérito.

Em razão dessas dificuldades encontradas na separação das condições da ação e do mérito, surgiu outra corrente doutrinária chamada de teoria da asserção ou da *prospettazione*, que busca amenizar os efeitos danosos do Código de Processo Civil. De acordo com essa corrente doutrinária, a análise das condições da ação deve ser feita apenas pelo que afirmado pelas partes (BEDAQUE, 2006, p. 318).

Da simples leitura da inicial, o juiz deve admitir, provisoriamente, que todas as afirmações trazidas são verdadeiras para que se possa verificar se as condições da ação estão presentes. Se afirmação do autor é verídica ou não, seria problema de mérito.

Um bom exemplo é quando “x” afirma ser filho de “y”, pedindo-lhe alimentos, aquele terá legitimidade *ad causam* do pedido, mesmo que após venha a ser comprovado que não era filho, quando será caso de improcedência do pedido e não caso de carência de ação.

2.4.2 Acepção constitucional e processual da palavra ação

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, preconiza que a “lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Essa acepção constitucional da palavra ação encontra-se prescrita no artigo 5º da Constituição Federal, significando que ninguém poderá ser impedido de ter apreciado pelo Poder Judiciário qualquer tipo de pretensão e ainda deve ser respeitado o direito à efetividade conforme analisado acima, para que tal direito não pereça.

Imprescindível trazer à baila a acepção processual dessa palavra, que é a ação como demanda, é o exercício do direito de ir a juízo em que se afirma o direito material que precisa

ser protegido. A demanda é concreta, pois se refere sempre a uma situação fática (DIDIER JR., 2007, p. 159).

O direito de ação é um direito subjetivo à sentença, seja ela de acolhimento ou de rejeição, contanto que estejam preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais de validade e de existência, que são algumas limitações naturais ao direito de ação.

Mas não basta ter o direito à sentença mérito, pois esse direito fundamental corre o risco de se esvaziar se não for respeitada a efetividade e a adequação, assim, fazendo uma interpretação conforme desse princípio, entende-se que, se a tutela jurisdicional adequada do requerente for uma medida urgente, o juiz deve concedê-la, mesmo *contra legem*.

Um bom exemplo a ser dado são as várias leis que proíbem a concessão de medidas liminares em face do Poder Público - Lei nº. 8.437/92, que dispõe sobre concessão de medidas cautelares em face do Poder Público, também o artigo 2º-B, da Lei nº. 9.494/97 -, mas o magistrado, mesmo de forma contrária a esses mandamentos infraconstitucionais, se for o caso deve concedê-la, isso para dar prevalência aos direitos fundamentais e estar em consonância com a Constituição que tanto preza por tais direitos.

Alguns julgados nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CRIANÇA - AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO NECESSÁRIO PARA TRATAMENTO DE DOENÇA GRAVE - LIMINAR CONCEDIDA INAUDITA ALTERA PARTE - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS À SUA CONCESSÃO - AGRAVO IMPROVIDO. A presença do *fumus boni juris* e o evidente perigo da insatisfação do direito, decorrente da gravidade do fato, aliados à premência da medida pleiteada, justificam a concessão da liminar em ação civil pública, sem a audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica. (Agravado de Instrumento 142-1, TJPR, Rel. Des. Tadeu Costa, j. 19/05/1997).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA SEM AUDIÊNCIA PRÉVIA DA UNIÃO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). MP 1827/99 E POSTERIORES REEDIÇÕES. PORTARIA 1386/99 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. EXIGÊNCIA DE IDONEIDADE CADASTRAL. ILEGALIDADE. LEI

10.260/2001. FATO NOVO (ART. 462 CPC). DESCONSIDERAÇÃO. O fato de a liminar ter sido deferida sem observância da formalidade prevista no art. 2º da Lei nº 8.437/92, não acarreta a nulidade do processo, uma vez que a excepcionalidade do caso justificou o deferimento da liminar sem a prévia manifestação da União Federal. [...] (Apelação Cível 480788, TRF 4ª Região, 4ª T., Rel. Juiz Eduardo Tonetto Picarelli, j. 21/11/2002, DJU 11/12/2002. p.1036)

O artigo 2º da Lei nº. 8.437 de 1992 prevê que “no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas”, e isso para evitar decisões que sejam desfavoráveis e ser surpreendidos com liminares.

Conforme julgados acima, essa regra deve se excepcionada em determinados casos, tudo a depender do direito que estiver em jogo, assim o juiz deverá ter a sensibilidade necessária para, no caso concreto, conceder uma liminar *contra legem*, utilizando-se do princípio da proporcionalidade para dar efetividade à prestação da tutela pleiteada, pois qualquer direito fundamental, por mais fundamental que seja, corre o risco de se esvaziar se o princípio da efetividade não for implementado (MARINONI, 2004, p. 179).

No mesmo sentido a lição de Teori Albino Zavascki (1999, p. 177):

O art. 2º trouxe novidade a exigir, como pressuposto da liminar em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de setenta e duas horas. Cabe observar, porém, que qualquer liminar para ser cabível, pressupõe situação de perigo iminente, ou seja, em condições de perpetrar dano antes da citação do demandado. Em casos em que tal risco não existir, a rigor a liminar não se justifica. O princípio da necessidade veda a concessão de liminar se a providência puder ser postergada para a fase posterior à citação. Portanto, o art. 2º, para não ser considerado supérfluo, há de ser entendido como aplicável a hipótese em que a providência cautelar não possa aguardar o término do prazo privilegiado, em quádruplo, de que dispõe a pessoa jurídica de direito público para defender-se. Assim, nestes casos, a fixação de prazo menor, para que a parte demandada possa se manifestar, especificamente, sobre o cabimento da medida, é dispositivo compatível com o princípio da menor restrição possível. Entretanto, parece certo que tal dispositivo não se aplicará àquelas situações fáticas revestidas de tal urgência ou relevância, que não permitem tempo para, sequer, aguardar-se o prazo de setenta e duas horas. Se tão excepcional hipótese se apresentar, poderá o Juiz, em nome do direito à utilidade da jurisdição e

sempre mediante a devida justificação, conceder a liminar, já que para tanto estará autorizado pelo próprio sistema constitucional. Tratar-se-ia de singular hipótese de liminar para tutelar o direito a outra liminar, posto em perigo pelas especiais circunstâncias do caso concreto.

2.5 Princípio do contraditório

2.5.1 Histórico

O contraditório e a ampla defesa se fortaleceram muito com o surgimento do Estado Liberal. Eram poderosas armas de contenção em face dos possíveis arbítrios judiciais (MARINONI, 2004, p. 45).

Dessa forma, tanto o procedimento ordinário clássico quanto a proibição da tutela fundada na verossimilhança, “derivou da falta de confiança no juiz” (MARINONI, 2004, p. 45).

Em face dessa desconfiança foram criados mecanismos de garantia para proporcionar uma participação adequada aos jurisdicionados, dentre elas, “destacam-se a do contraditório e ampla defesa. São elas que sustentam a impossibilidade da restrição arbitrária da produção de prova, e não a tese de que o juiz deve encontrar a verdade, até porque”, [...] “a verdade é inatingível, não pode ser vista como meta a ser encontrada no processo” (MARINONI, 2004, p. 46).

Esse procedimento em cognição exauriente, de maneira inflexível, foi construído à época do Estado liberal e não havia elasticidade na noção de ampla defesa e contraditório. Acontece que esses conceitos “devem ser construídos a partir dos valores das épocas. Quando a preocupação do direito se centrava na defesa da liberdade do cidadão diante do Estado, a uniformidade procedimental e as formas possuíam grande importância para o demandado” (MARINONI, 2004, p. 46).

Esses princípios eram enxergados:

[...] como garantias em relação ao Estado, e não como elementos que, quando conjugados, podem viabilizar a formação de procedimentos adequados às necessidades das diferentes situações de direito substancial, não se pensava na possibilidade de concessão de tutela do direito mediante a postecipação da defesa, do contraditório ou da produção de prova (MARINONI, 2004, p. 46).

Há um enorme equívoco em:

[...] estudar a ampla defesa sem considerar a diferença dos bens jurídicos tutelados pelo processo e, principalmente, a não percepção de que deve ser pensada de maneira diferenciada nos processos civil e penal, fizeram surgir um processo civil insensível não só para o fato de que determinados bens não podem ser tutelados de maneira adequada por meio do procedimento ordinário, como também para obviedade de que o tempo do processo deve ser distribuído de forma isonômica entre os litigantes (MARINONI, 2004, p. 46-47).

Conforme entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 153):

[...] o juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucional e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos. Inexiste razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento.

2.5.2 Desdobramentos do princípio do contraditório com base na teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais

O processo, se analisado pela ótica da doutrina neoprocessualista, imperioso se torna a observância do estudo dos direitos fundamentais para que o mesmo seja considerado justo. Nesse ponto, importante ressaltar a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, esses direitos não devem ser analisados apenas pelo viés da concepção da matriz-liberal burguesa, como direito de defesa, mas também como direitos prestacionais. E esses últimos se subdividem em direitos prestacionais sociais e direitos prestacionais em sentido amplo [direito a proteção, participação e procedimento] (SARLET, 2008, p. 157).

Com base nessas premissas da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, o princípio do contraditório, para que seja observado de forma plena, deve ser analisado sob dois enfoques, quais sejam: a garantia de participação [contraditório formal] e a garantia de possibilidade de influenciar na decisão [contraditório substancial] (GAJARDONE, 2008, p. 89).

Na primeira, a formal, a parte tem a garantia de ser ouvida, de participar do processo, de ser comunicada das decisões. Fredie Didier Jr. (2007, p. 42) entende que isso é o mínimo e é o que quase todos entendem como contraditório.

Esse autor (2007, p. 43), com base na doutrina alemã, diz que a garantia substancial é a mais importante, pois significa “poder de influência”, já que não basta que a parte seja ouvida, mas deve ser ouvida com condições de influenciar na decisão, sob pena de ferir o respectivo direito.

O contraditório não será observado se respeitado simplesmente sua perspectiva formal, mas sim se for dado à parte condições de influenciar no conteúdo da decisão, levando argumentos, idéias, fatos novos, assim, “uma perspectiva do contraditório não convive sem a outra” (GAJARDONE, 2008, p. 89).

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 485), é o princípio lógico-formal do processo e tem a função de assegurar às partes a necessária paridade de armas, mediante o mecanismo de contraposição das mesmas.

Entende ainda que eventual violação desse princípio será caso de evidente nulidade dos atos processuais, já que, se as partes forem impedidas de participar ativamente do processo e de poder influenciar na decisão, tudo o que se realizar após restará comprometido (BEDAQUE, 2006, p. 485).

Cita a título de exemplo a ausência de citação, de intimação, antecipação de tutela. No caso da última, não haverá adequação caso haja controvérsia fática, devendo ser aplicado

tal regra se houver extrema necessidade, se demonstrada a prova inequívoca, verossimilhança, reversibilidade, com base na urgência e na evidência (BEDAQUE, 2006, p. 485).

São as garantias do contraditório e da ampla defesa que garantem que o juiz não restrinja arbitrariamente à produção de provas e não a busca da verdade real, mesmo por que essa verdade não existe, ela se encontra no ôntico, sua busca está no axiológico, devendo ser formada a partir da participação efetiva e adequada das partes, e o processo deve ser dialógico entre autor, réu e o juiz (MITIDIERO, 2008, p. 37).

Para que a parte possa participar e influenciar no conteúdo da decisão, necessário “que tenha conhecimento e que seja comunicada, pela lei ou pelo juiz, sobre o curso do processo, mais precisamente sobre os atos processuais que se praticarão” (GAJARDONE, 2008, p. 89).

Dessa forma:

[...] o juiz participa em contraditório no processo pelo diálogo com as partes, sendo seu dever convidá-las ao debate quando pretenda inovar no processo, quando pretenda tomar alguma providência fora do padrão legal, ou quando vá adotar oficiosamente solução até então não vislumbrada pelos litigantes ou expressada em lei (GAJARDONE, 2008, p. 89).

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1999, p. 16), para que seja atendido o referido princípio, “insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expandidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado”.

De acordo com essa mudança de paradigma em razão da nova visão processual e a construção dessa “nova perspectiva de formalismo equilibrado, avulta a idéia do dever genérico de colaboração entre juiz e partes, a permear toda a instrução probatória” (RIZZO AMARAL; CARPENA, 2005, p. 84).

Sendo assim, a “reconstrução dos fatos será tanto mais próxima da verdade quanto maior e mais responsável for a participação dos sujeitos processuais, não se admitindo mais o processo como coisa das partes” (RIZZO AMARAL; CARPENA, 2005, p. 84).

2.6 Princípio da adequação/adaptabilidade

Esse princípio deve ser analisado sob dois enfoques, sendo que o primeiro momento é o pré-jurídico, legislativo, como informador da produção legislativa em abstrato, e num segundo momento, o processual, o qual permite ao juiz que, no caso concreto, adapte o procedimento às peculiaridades da causa.

Marinoni (2008, p. 81) assevera que se a técnica processual é imprescindível para a tutela ser efetiva, não se pode olvidar que, diante da omissão do legislador, o juiz possa, no caso concreto, realizá-la da forma mais adequada. O direito fundamental à efetividade se volta não só contra o legislador, mas também em face do Estado-Juiz, sendo assim, revela-se absurdo raciocinar que diante de uma falha legislativa, o juiz não tem o dever de tutelar de forma efetiva.

Humberto Ávila (2003, p. 18) assevera que o direito não é norma jurídica como quisera o positivismo, mas sim um elemento sobre o qual o interprete irá iniciar a construção dos sentidos.

A interpretação é imprescindível para o direito e segundo Dworkin (2007, p. 186): “[...] assim como os críticos literários precisam de uma teoria operacional, ou pelo menos de um estilo de interpretação, para interpretar o poema por trás do texto, os juízes também precisam de algo como uma teoria da legislação para fazer o mesmo com relação às leis”.

O juiz deve interpretar a regra processual ou até mesmo suprir eventual omissão legislativa, dando máxima efetividade à tutela jurisdicional, respeitando também o princípio da máxima eficiência à constituição.

O Princípio da máxima eficiência diz que o juiz, ao interpretar a norma do texto constitucional, deve emprestar a maior eficiência possível. Quando da aplicação dos direitos fundamentais, esse princípio tem uma relevância ímpar, pois como eles são de aplicabilidade imediata, se confrontado com outros princípios, o intérprete deve extrair o máximo de eficácia possível.

Na interpretação dos direitos fundamentais deve lhe ser atribuído o sentido que confira a maior efetividade possível para cumprir sua função social.

2.7 Princípio da função social do processo

Norbeto Bobbio em seu livro “Da estrutura à função” (2007, p. 53) ensina que: “aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’, e a consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional”.

“A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins” (BOBBIO, 2007, p. 55).

De acordo com Bobbio (2007, p. 58), mesmo nas obras de Kelsen, apesar de todos os preconceitos antiteleológicos, pois afirma que nelas “não há lugar [ou não deveria haver] para definições teleológicas dos conceitos-chave da teoria do direito”, “Kelsen deixa escapar, em uma passagem de *General theory of law and state*, a afirmação de que o direito é

indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”. Afirma: “parece provado que esse parágrafo da obra americana pudesse parecer a Kelsen uma concessão, talvez excessiva, a uma interpretação teleológica do direito”.

Essa visão funcionalista de Bobbio se espalhou para todos os ramos do direito, inclusive para o processo, e esse conceito arcaico de processo civil entendido como um instrumento com a finalidade de fazer atuar a vontade da lei resolvendo conflitos ou ainda para garantir o bem da vida, restou insuficiente para resolver os problemas da sociedade moderna, principalmente os processos referentes aos direitos de extensas coletividades.

Assim, houve uma reformulação e um novo modelo de processo civil foi organizado, com predominante função social, sendo denominado pelos processualistas de processo civil justo, dialógico, processo civil de resultados, em instrumentalidade substancial.

Autores como José Roberto Bedaque dos Santos (2007, p. 17), Daniel Mitidiero (2007, p. 25), Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 165), Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 11) pugnam por um processo civil em consonância com o Estado Democrático de Direito, com uma visão teleológica, na qual o que importa é o fim buscado e não o meio, e a forma de se alcançar esse resultado célere sem ferir o núcleo essencial de outros princípios fundamentais é através da regra do sopesamento, além da necessidade de o processo ser dialógico entre autor, réu e juiz.

Isso significa que o processo, para estar em consonância com um Estado Constitucional Democrático de Direito deve ser justo, dialógico, efetivo e de resultados, sob pena de um esvaziamento desse direito fundamental que se pleiteia, mas obviamente, sempre com a aplicação da regra da proporcionalidade.

Essa funcionalização ocorreu em todos os ramos do direito - Função social da propriedade, da posse, do contrato, da empresa, função social do capital - dessa forma, se é através do processo que se busca resolver os conflitos gerados em razão desses direitos

materiais, nada mais justo do que a funcionalização do processo, já que o mesmo é um campo de discussão de direitos fundamentais.

Galeno Lacerda *apud* Bedaque (2006, p. 90) tecendo considerações importantes sobre justiça vs. tempo, alegou o seguinte:

Que importa este, aliás, em face do valor justiça? Essencial, segundo este conceito, é que o processo permita descobrir a alcançar a norma pura, justa e absolutamente adequada à solução do conflito individual de interesses. Claro está que a este ideal de perfeição se opõe a exigência social na eliminação pronta e eficaz do conflito, a fim de que retorne a paz ao grupo. Para este componente social do dilema, o tempo de duração do litígio constitui fator preponderante.

A função do processo judicial é conciliar esses valores preponderantes de tempo e justiça e “a morosidade do processo constitui anomalia a ser combatida com energia pelo processualista consciente dos objetivos do instrumento que constitui objeto de sua ciência” (BEDAQUE, 2007, p. 91).

É inadmissível que a forma possa contribuir para tornar o processo ainda mais moroso, sendo necessário que se elimine os formalismos desnecessários sempre que os objetivos a serem alcançados se revelem possíveis independentemente deles. A forma é um meio e não um fim e assim deve ser tratada. Assim, imperioso se torna essa visão instrumentalista do processo.

O processo não é mero instrumento técnico, mas um meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica justa e dessa forma o juiz não deve se ater a ser um aplicador autômato das leis, agindo de maneira canhestra, mas, sobretudo ter em mente que o processo é um meio em que o jurisdicionado busca reaver, muitas vezes, aquilo que lhe é mais sagrado.

Dessa forma, aplicando a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado deve dar efetividade ao processo para que a justiça realmente se realize da melhor maneira.

2.8 Distinções entre os princípios e as regras no sistema normativo

Robert Alexy (2008, p. 85), ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais, adverte que a distinção entre regras e princípios tem importante papel neste setor. Apregoa essa distinção como a chave para que haja solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais e também a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Importante ressaltar a importância desse estudo para aplicação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois só através de seu entendimento será possível afastar, no caso concreto, um princípio tão relevante, quase que in excepcionável, visto por uma ótica positivista, como o devido processo legal - na verdade, o princípio do devido processo legal não será afastado, sendo necessário saber o que será “devido” em determinado caso concreto. Podendo em um determinado caso ser devido à cognição exauriente, em outro ser devido a cognição sumária, suprimindo assim várias etapas de um procedimento ou mesmo alterando-o, sempre em razão da função teleológica que deve reger o processo.

Sem essa distinção entre princípios e regras não há uma teoria bastante em si que seja adequada para restringir direitos fundamentais, nem uma doutrina que satisfaça o problema das colisões, tampouco uma teoria que seja suficiente sobre qual a importância dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 85).

Os princípios e as regras são duas espécies de normas jurídicas, sendo que as regras descrevem uma hipótese fática e as conseqüências da infringência dessa norma posta. As regras obedecem à lógica do tudo ou nada, são mandamentos de definição, dessa forma devem ser cumpridas nas exatas medidas de suas prescrições (ALEXY, 2008, p. 87).

Os princípios são mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas

existentes, têm um grau infinitamente maior de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras, pois não se reportam a qualquer espécie de situação fática (ALEXY, 2008, p. 90).

Segundo Alexy (2008, p. 90) “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

Argumenta ainda que os princípios devem ser vistos como:

[...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 91).

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos (ALEXY, 2008, p. 92). Regras são determinações no âmbito daquilo que é faticamente possível.

Assim, ordem jurídica é formada por um conjunto de normas jurídicas que se situam em patamares distintos, conforme maior ou menor grau de abstração e concreção, e as regras com o maior grau de concreção situadas no patamar mais baixo da pirâmide são as sentenças, as quais são as normas individuais. Esse grau de abstração vai crescendo até o momento em que não há mais regras e sim princípios, que também possuem diferentes graus de abstração.

O último traço distintivo a ser destacado entre as regras e os princípios é a relatividade deste último, já que os princípios não podem ser acatados de forma absoluta, pois são pautas de valores, e a obediência irrestrita a uma pauta de valores acabaria por infringir outra pauta de valores. Dessa forma, para que um princípio seja utilizado, não pode ser ferido o núcleo essencial do outro, necessitando da utilização do princípio da proporcionalidade, que será analisado no presente trabalho.

Assim, se os princípios constituem mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva “também constitui mandado de otimização que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto, dependendo somente de suas possibilidades, e assim da consideração de outros princípios ou direitos fundamentais que com ele possam chocar” (MARINONI, 2004, p. 228).

Os princípios constitucionais se subdividem em princípios fundamentais estruturantes, que são o “princípio do Estado de direito” e o “princípio democrático”, que para Guerra Filho (2005, p. 61), pode ser traduzido no respeito à legalidade, devidamente amparada na legitimidade. Em um patamar mais baixo encontram-se os princípios fundamentais gerais, catalogados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que são o princípio da soberania, da cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana, que, segundo o citado autor, merece destaque especial.

Esse princípio demarca o que a doutrina constitucional alemã chama de núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais (ANDRADE, 1987, p. 233).

Em um patamar ainda mais baixo que os outros dois princípios - estruturantes e gerais -, encontram-se os princípios constitucionais especiais, no artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, sendo que, inserido dentro dele encontram-se os direitos fundamentais, que seria a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana descrito abstratamente nos princípios fundamentais, mas mesmo assim, possuem uma alta carga de abstração; em seguida, em um patamar ainda mais baixo, há as normas que não são mais princípios e, com uma maior carga de concretude, as regras (GUERRA FILHO, 2005, p. 62).

Os princípios constitucionais, apesar de terem uma carga infinitamente maior de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras, podem ser aplicados ao caso concreto, pois, de acordo com o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, não necessitando de uma norma regra para sua aplicação. Nesse sentido, são as normas de eficácia plena, as quais permitem a aplicação imediata de um princípio sem a interferência de uma regra regulamentadora (GUERRA FILHO, 2005, p. 62).

Outra questão em que é possível verificar a diferença entre princípios e regras é quando ocorre um choque entre essas normas jurídicas. É possível verificar que, quando duas regras colidem, apenas uma ou nenhuma delas poderá ser aplicada, surgindo daí um problema de antinomia jurídica a ser resolvido. Segundo Norberto Bobbio (1999, p. 81) a antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, dessa forma, a única solução é a eliminação de uma das normas.

Já com os princípios, como eles têm uma maior carga de abstração e generalidade e não disciplinam determinadas situações jurídicas, não se chocam diretamente, sendo compatíveis uns com os outros, mas, em determinadas situações um deles será afastado episodicamente em benefício do outro, sem ferir o seu núcleo essencial.

Quando ocorre a colisão entre princípios, um deles tem que ceder, pois em determinadas condições, um deles terá precedência sobre o outro, já que eles têm pesos diferentes e aquele com maior peso terá precedência frente ao outro.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha cita vários exemplos de aplicação da regra do sopesamento de interesses e dentre eles, convém trazer à baila uma decisão sobre a incapacidade de um réu para participar de audiência processual.

Nesse caso o Tribunal Constitucional tratava da admissibilidade da realização de uma audiência com a presença do réu e que devido à tensão desse tipo de procedimento,

corria o risco de sofrer derrame ou infarto, assim a Corte Suprema observou que haveria uma tensão entre o dever estatal de garantia da adequada aplicação da lei penal e a garantia do acusado de defender seu direito constitucionalmente consagrado - a vida (ALEXY, 2008, p. 94).

Nesse caso nenhum dos deveres têm precedência absoluta sobre outro, assim, nesse sopesamento deve ser decidido qual dos deveres têm mais peso sobre o outro e:

[...] se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição (ALEXY, 2008, p. 95).

Esses deveres devem ser realizados na maior medida das suas possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Assim, se existisse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, haveria a obrigatoriedade da realização da audiência. Por outro giro, caso houvesse apenas o princípio da proteção à vida e à integridade física, a realização da audiência se tornaria impossível. Dessa forma, resta claro que um princípio restringe as possibilidades de aplicação do outro.

Portanto, quando dois princípios constitucionais se colidirem, e o caso for de difícil resolução - “*hard case*” - será necessário a utilização daquele que alguns doutrinadores o chamam de “princípios dos princípios”: o princípio da proporcionalidade. Tudo isso, após o emprego de uma interpretação especificamente constitucional.

O caso acima foi extraído de um famoso julgamento do Tribunal Constitucional da Alemanha para demonstrar como a regra do sopesamento é muito respeitada naquele país, quando ocorre a colidência de princípios.

No entanto, a partir do momento em que se constata que o direito à prestação de tutela jurisdicional efetiva tem natureza principiológica, obviamente não poderá subsumir-se à mera aplicação das regras, do tudo ou nada, conforme assevera Alexy (2008).

Esse direito fundamental não pode ser negado na perspectiva da validade, pois o que importa, para sua efetiva incidência, é o caso concreto, assim a consideração de outros princípios que a ele possam se contrapor. Ou seja, ele será sempre válido, ainda que tenha que vir a ser harmonizado com outro princípio diante das circunstâncias de um caso concreto.

Isso quer dizer que, com a distinção entre princípio e regra, também resta fácil ao juiz prestar a tutela jurisdicional efetiva, ainda que exista omissão legislativa. Basta-lhe harmonizar esse direito fundamental e o outro princípio que possa com ele colidir, considerando as circunstâncias do caso concreto, e especialmente as regras da adequação e da necessidade (MARINONI, 2007, p. 228).

Portanto, após demonstrada a natureza de tutela jurisdicional efetiva, resta claro o dever do juiz de conformar o procedimento adequado ao caso concreto, devendo utilizar-se de técnica processual que dê efetividade ao direito.

CAPÍTULO III. A EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Dos direitos fundamentais: Do seu surgimento até sua constitucionalização

Os direitos fundamentais têm um forte acúmulo de caráter histórico ainda que consagrada a concepção de que não foi na Antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, isso por que a religião e a filosofia do mundo antigo deixaram legado o qual serviu de idéia central e mais tarde influenciou diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção central de que o ser humano, pela simples fato de existir, é titular de alguns direitos inalienáveis e naturais.

José Afonso da Silva (2000, p. 176-177) assevera que os direitos fundamentais surgiram em razão de reivindicações e lutas pela conquista deles e esses valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade deitam raízes na filosofia clássica, principalmente na greco-romana e no pensamento cristão.

Importante ressaltar que a democracia ateniense era constituída por um modelo político que tinha como base a figura do homem livre e dotado de individualidade (SARLET, 2007, p. 44).

Herdou-se também, do antigo testamento, a idéia central de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus e da “da doutrina estóica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)” (SARLET, 2007, p. 44).

Importante foi à contribuição da doutrina jusnaturalista para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, especialmente a partir do século XVI (SARLET, 2007, p. 44).

O pensamento de São Thomas de Aquino contribuiu de maneira relevante, pois:

Além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício de resistência da população (LUÑO *apud* SARLET, 2007, p. 45).

A partir do pensamento tomista é que o valor fundamental da dignidade humana ganhou especial relevo e se incorporou à tradição jusnaturalista no sentido de que a personalidade humana é caracterizada por ter um valor próprio, imanente ao ser humano, “expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem” (SARLET, 2007, p. 45).

De acordo com a doutrina jusnaturalista, há a predominância de um pensamento religioso e dessa forma, tanto os direitos fundamentais quanto qualquer idéia de justiça não tinha ligação com os juízes, legisladores, mas somente a Deus (MORAES, 2003, p. 34). Isso pode ser observado em uma passagem de Rousseau, em sua obra “O contrato social” (1973, p. 59), que afirma o seguinte: “Toda justiça vem de Deus, que é a sua única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo, nem de leis”.

A doutrina jusnaturalista através das teorias contratualistas chegou ao seu ponto culminante nos séculos XVII e XVIII.

Os filósofos espanhóis do século XVI, que lutaram pelo reconhecimento dos direitos naturais dos indivíduos, considerados como ponto fulcral da liberdade e dignidade humana, serviu como fonte de inspiração ao humanismo racional de H. Grócio, que divulgava seu

apelo à razão como fundamento último do direito, e no século XVII, essa idéia dos direitos naturais inalienáveis do homem ganhou força nas obras do citado autor:

H. Grócio (1583-1645), do alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) e dos ingleses John Milton (1608-1674), que reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa e também da supressão da censura, e Thomas Hobbes (1588-1679), que atribuiu ao homem determinados direitos naturais (SARLET, 2007, p. 45).

Cumprido observar que foi na Inglaterra, do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do ser humano ganhou fortes contornos como se pode observar através das diversas cartas assinadas pelos monarcas daquele período.

Nesse contexto, importante ressaltar o pensamento de Lord Edward Coke (1552-1634), de decisiva importância em torno da *Petition of Rights* de 1628, sendo que, em sua obra, falava sobre a importância de *fundamental rights* do povo inglês, especialmente com relação à proteção da liberdade e o reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado a fonte inspiradora da clássica tríade: vida, liberdade e propriedade e incorporado ao pensamento individualista burguês (SARLET, 2007, p. 46).

De suma importância foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704) pela influência de sua obra sobre os autores do iluminismo do século XVIII, pois foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem [vida, propriedade, liberdade e resistência] uma eficácia oponível inclusive em face dos governantes, baseado, por sua vez, no contrato social, devendo ressaltar que, para ele, apenas os cidadãos poderiam se valer desse direito de resistência (SARLET, 2007, p. 46).

John Locke apud Canotilho (2003, p. 335) desenvolveu ainda mais a teoria do contrato dizendo que:

Os homens tinham o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade- liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do

pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal.

As idéias da teoria contratual de Locke conduziram à defesa da autonomia privada, cristalizada primordialmente no direito à vida, à liberdade e a propriedade. Esta concepção do individualismo possessivo influenciará, em parte, decisivamente, a teoria liberal dos direitos fundamentais que os considerará sempre como direitos de defesa do cidadão perante o estado, devendo abster-se da invasão da autonomia privada (CANOTILHO, 2003, p. 336).

3.2 A positivação dos direitos fundamentais

De acordo com os ensinamentos de Celso Lafer (1994, p. 142-143) com o passar dos tempos os indivíduos começaram a não se sentir mais seguros de sua igualdade perante Deus e isso resultou na positivação dos direitos fundamentais que nada mais é do que o resultado de uma necessidade de maior de proteção.

O local exato da positivação jurídica dos direitos fundamentais é a constituição, pois “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo” (CANOTILHO, 2003, p. 337).

Canotilho (2003, p. 337) assevera ainda que: “sem essa positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)”.

Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon: onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades

públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequência jurídica (CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, 2003, p. 337).

O referido autor, Canotilho (2003, p. 337), assevera que um discurso como este, mesmo vindo de um influente filósofo da atualidade - Cruz Villalon - corre o risco de ser “uma narrativa positivisticamente fechada em clara dessintonia com as premissas básicas de um sistema aberto de regras e princípios”.

Convém ressaltar ainda que “a positivação jurídico constitucional não dissolve nem consome quer o momento de jusnaturalização quer as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade e liberdade)” (CANOTILHO, 2003, p. 338).

No século XIII, na Inglaterra da Idade Média, de acordo com os estudiosos que se dedicam ao tema, foi encontrado o primeiro documento tratando sobre os direitos humanos, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.

Esse documento é a “*Magna Charta Libertatum* de 1215”, assinada pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra e também pelos bispos. Ela serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o direito de propriedade, devido processo legal e o *habeas corpus*, apesar de ter servido apenas para privilegiar os nobres ingleses, pois grande parte da população foi alijada desses direitos conferidos por essas cartas - em especial a *Charta Magna* (SILVA, 2000, p. 155-156).

Andrade (1998, p. 233), referindo-se à *Magna Charta*, adverte que esses pactos se caracterizavam “pela concessão de privilégios aos estamentos sociais (regalias da nobreza, prerrogativas da Igreja, Liberdades Municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam”. Mas mesmo assim, não se pode negligenciar a importância desses

pactos, em especial a Carta Magna, para o posterior reconhecimento e incorporação dos direitos fundamentais nas constituições.

Importante também para a evolução dos direitos fundamentais foi a:

[...] Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso de Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e após revogado por Luis XIV, em 1685 (SARLET, 2007, p. 48).

Outros documentos igualmente importantes são os firmados por ocasião da Paz de Augsburgo, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, e também o *Toleration act* da colônia America da Maryland, em 1649 (SARLET, 2007, p. 49).

Esses documentos concessivos de liberdades, apesar da imensa contribuição dada por eles, não podem ser considerados direitos fundamentais já que o monarca tinha o poder de arbitrariamente suprimi-los (SARLET, 2007, p. 49).

Uma nova etapa dessa evolução são as declarações de direito dos ingleses do século XVII, mais precisamente a *Petition of Rights*, assinada por Carlos I, em 1628, *Habeas Corpus Act*, firmado por Carlos II, em 1670, e o *Bill of Rights*, promulgado pelo Parlamento, em 1689, mas entrou já no reinado de Guilherme D'Orange, resultante da chamada Revolução Gloriosa, de 1688. Com esses documentos houve um reconhecimento desses direitos e liberdades a todos os cidadãos ingleses, ocorrendo, em contrapartida uma limitação do poder do monarca e o conseqüente fortalecimento do Parlamento frente ao Rei (SARLET, 2007, p. 49).

Mas apesar da importância desses documentos e sua indubitável fonte de inspiração para outros documentos posteriores, a positivação dessas liberdades e direitos não podem ser considerados como marco inicial dos direitos fundamentais da forma como hoje em dia pode-se observar.

O nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se constata, de direitos fundamentais constitucionais, está entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789 (SILVA, 2000, p. 158).

Essas declarações americanas incorporaram os direitos e liberdades que já haviam sido reconhecidos pelas cartas inglesas do século XVII, mas com uma diferença substancial, pois estas tinham características universais e supremacia dos direitos naturais (SILVA, 2000, p. 158).

Apesar desse status constitucional da fundamentalidade em sentido formal ter sido consagrado definitivamente somente a partir da incorporação de direitos à Constituição de 1791, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram positivados e acolhidos como direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2007, p. 50).

Não menos importante é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, resultado da revolução em que se instituiu a ordem burguesa, derrubou o antigo regime e influenciou profundamente a elaboração das constituições dos povos ocidentais e orientais. Essa declaração foi marcada por profundo liberalismo e universalidade na busca da libertação do ser humano, cansado do absolutismo despótico de outrora e da opressão feudal (DALLARI, 2001, p. 208).

Assim, observa-se que tanto as declarações americanas como também as francesas se inspiraram na doutrina jusnaturalista, reconhecendo aos seres humanos direitos naturais, imprescritíveis, inalienáveis e invioláveis, mas, diferentemente das declarações inglesas do século XVII ou das cartas - Carta Magna, em especial - em que esses direitos foram reconhecidos apenas para uma casta, as declarações [americanas e francesas] asseguraram esses direitos a todos os homens.

A evolução da positivação dos direitos fundamentais teve seu ponto culminante com a afirmação do Estado de Direito, na concepção liberal-burguesa, que foi de suma importância

para a concepção clássica dos direitos fundamentais, que pode se traduzir na primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Em nossa Constituição de 1988, segundo os constitucionalistas, os direitos fundamentais estão positivados em todo texto constitucional e não apenas no Título II da Constituição Federal, proporcionando direitos e garantias de toda ordem a todos os cidadãos. Um exemplo disso é o direito a anterioridade tributária, que apesar de constar do artigo 150, III, b, na parte relativa a limitações do poder de tributar, tem natureza de direito fundamental, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal [ADI 939].

Analisando o artigo 5º da Constituição Federal - quanto à sua abrangência - juntamente com o artigo 60 § 4º, IV, resta óbvio que o constituinte quis dar especial importância aos direitos individuais fundamentais e à ideia de eficácia imediata deles [art. 5º, § 1º da CF] fazendo com que todos os órgãos estatais os observem.

Deve ser ressaltado que a Carta Constitucional de 1988, juntamente com esses direitos e garantias individuais, estabeleceu também vários direitos e garantias processuais individuais, e dessa forma, em face à importância da Constituição, a doutrina processual luta em busca da implementação desses princípios constitucionais no processo, os quais serão analisados detidamente no transcurso do trabalho.

3.2.1 Direito à organização e ao procedimento

A participação procedimental é um exercício de um direito fundamental e:

[...] noutros termos, porventura mais explícitos: o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade (CANOTILHO, 2008, p. 73).

A doutrina vem se utilizando desse termo para designar todos direitos fundamentais que dependem para sua realização, de providências estatais, criando órgãos, setores, repartições, e também regulamentando normas para possibilitar o acesso ao judiciário.

Segundo Sarlet (2007, p. 200), os direitos de participação na organização e procedimento centram-se na possibilidade de se exigir do Estado a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo medidas que objetivem a garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento.

Essas leis relativas ao procedimento e à organização são direitos fundamentais do indivíduo, pois elas visam a protegê-los, assim, quando medidas estatais que visem ferir esses direitos fundamentais forem tomadas, devem ser observados tais procedimentos, sob pena de nulidade do ato.

Alguns exemplos são: as garantias processuais-constitucionais do contraditório e ampla defesa [artigo 5º, LV], o direito do juiz natural [artigo 5º, XXXVII], as garantias processuais-constitucionais de caráter penal [inadmissibilidade de prova ilícita, o direito do acusado ao silêncio, a não auto-incriminação etc.].

Segundo Canotilho (2008, p. 74) a participação por meio do procedimento já não é um mero instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais.

Há uma verdadeira vinculação tanto do legislador quanto do juiz aos direitos fundamentais, e essa vinculação legislativa, segundo a clássica doutrina de Durig *apud* Sarlet (2007, p. 81):

[...] considerada com base em uma dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob o ângulo dogmático-jurídico) a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, limita o legislador a reduzir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, trazendo, assim uma inequívoca proibição de leis contrárias a esses direitos.

O direito processual civil, para que esteja em sincronia com o Estado Democrático de Direito Constitucional deve ser pensado essencialmente com base na teoria dos direitos fundamentais (MITIDIERO, 2007, p. 89).

Esses direitos fundamentais devem ser classificados como direitos de defesa e direitos a prestações, sendo que estes últimos dividem-se em: direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito. De acordo com a doutrina, o direito fundamental à tutela jurisdicional se enquadra no direito à prestação, mais especificamente nos direitos à participação e procedimento (SARLET, 2007, p. 172).

Esse direito fundamental a uma tutela adequada e efetiva significa, quanto à adequação, a observância das necessidades do direito material pleiteado, já com relação à efetividade, implica em dar a resposta de forma concreta e específica de maneira célere.

Somente no caso concreto será possível saber qual a tutela adequada para aquela situação.

CAPÍTULO IV. DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

4.1 Flexibilização do formalismo processual

Há muito se proibiu a autotutela como forma de resolução dos conflitos, dessa forma o Estado chamou para si essa responsabilidade, prometendo solucioná-la através dos órgãos que compõem a sua função jurisdicional.

O legislador estabeleceu regras de procedimento com ampla participação das partes na solução do problema para que essa finalidade fosse alcançada de forma mais justa e adequada, denominando isso de processo.

Segundo Canotilho (2008, p. 75):

O procedimento é o sistema de princípios e regras; Essas regras e princípios visam à obtenção de um resultado determinado; A justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais permite, pelo menos, a presunção de que o resultado obtido através da observância do *iter procedimental* é, com razoável probabilidade e em medida suficiente, adequado aos direitos fundamentais; O direito ao procedimento implica, fundamentalmente: (1) direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; (2) direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais e processuais.

Assim, sendo o direito processual um conjunto de princípios e regras que visam regular o processo, conhecido como um instrumento de pacificação social, esse instrumento deve ser apto a realizar de forma efetiva o fim a que se propôs. Essa técnica processual está a serviço de um fim e o processo deve ser concebido como um instrumento teleológico (BEDAQUE, 2006, p. 75).

À luz da visão instrumentalista do processo, o meio não pode ser supervalorizado em detrimento do fim. O procedimento deve ser respeitado, observando os pressupostos

processuais, condições da ação, os princípios citados acima, mas não deve haver um fetichismo processual, um exagero das formas em face de seu objetivo maior que é o fim, a solução definitiva da controvérsia.

É comum invocar Montesquieu (1962, p. 123), para justificar a necessidade desse formalismo que, segundo ele, constitui uma garantia à liberdade, mas esquecem, todavia, de completar seu pensamento, baseado no espírito de moderação:

As formalidades da justiça são necessárias para a liberdade. Mas o número delas poderia ser tão grande que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens ficaria incerta; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar. Os cidadãos perderiam sua liberdade e segurança; os acusadores não mais teriam meios para convencer, nem os acusados meios para justificar-se.

O apego exagerado ao formalismo, ao invés de solucionar o conflito que é a finalidade do processo, transforma-se em um meio burocrático de solução de controvérsia, frustra os jurisdicionados, desacredita o poder judiciário.

É necessária a observância do princípio da adequação do procedimento para que a técnica processual seja aplicada de forma correta. Essa flexibilidade do procedimento para que se amolde à especificidade da causa, em uma visão instrumentalista do processo, é fundamental para a finalidade a que se destina.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 59) sugere, para uma reforma legislativa, o estabelecimento do princípio da adaptabilidade como princípio geral do processo:

[...] facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adaptar perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio de prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.

Portanto, já que a forma não constitui valor em si mesma, o formalismo processual deve ser analisado à luz dos objetivos a serem alcançados.

Dentre as alternativas existentes para a redução de morosidade, uma é a simplificação da técnica, sendo necessário compatibilizá-la com a natureza instrumental do processo, mas isso deve ser feito à luz do caso concreto - pelo método de ponderação, sempre - quando a forma não se revelar imprescindível (OLIVEIRA, 1999, p. 59).

O julgamento antecipado da lide é uma técnica de abreviamento do processo. É a manifestação do princípio da adaptabilidade do procedimento, pois o magistrado, diante das peculiaridades da causa, encurta o procedimento, dispensando a realização de toda uma fase do processo.

É necessário salientar que não se quer a eliminação da forma, tampouco o abandono dessas conquistas alcançadas ao longo dos anos, que ademais, asseguram a efetiva participação do contraditório. Mas é preciso que não se perca de vista o caráter instrumental desse meio de solução de controvérsia, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto onde o jurisdicionado não consegue encontrar a saída, arrastando-se assim uma demanda por vários anos pelo simples apego à forma (DINAMARCO, 2008, p. 359).

4.2 Instrumentalidade das formas e devido processo legal

O desrespeito à forma gerará a nulidade do processo se for analisado pelo ângulo de que o procedimento previamente estabelecido é a soma dos atos do processo com a finalidade de solucionar problema de direito material.

Imagine a hipótese de julgamento antecipado do processo em que há necessidade de produção de provas, isso com certeza afetaria o princípio do contraditório e da ampla defesa - regras constitucionais -, além de regras infraconstitucionais também [artigo 330 CPC].

O legislador atento a esse princípio de grande relevância em nosso ordenamento - princípio da efetividade -, em razão do número de demandas postas e a demora na prestação da tutela jurisdicional, conferiu ao juiz a possibilidade de conduzir o processo da forma que melhor se adapte àquele caso concreto.

Assim, conforme esposado acima, de acordo com princípio da adequação o magistrado tem o poder de não seguir a lei à risca, adequando o *iter* procedimental da maneira que melhor se amolde ao caso concreto.

É lógico que não podem ser desrespeitados princípios constitucionais, mas apenas flexibilizados em determinados casos concretos, quando o peso de um princípio for maior que o de outro. Dessa forma, à luz da nova epistemologia processual, deve o juiz, recorrendo às máximas de experiência, aplicar o direito, observando o denominado processo justo, conforme regula a constituição. O princípio da proporcionalidade é regra de observância obrigatória, pois somente através dele é que se saberá qual direito fundamental deverá ser aplicado no caso concreto.

A teoria da ontognoseologia do Professor Miguel Reale (1994, p. 117-118) se subdivide em duas partes, que é a parte objetiva, na qual assevera que o juiz deve se valer das máximas de experiência no julgamento da demanda, e da parte subjetiva a qual corresponde à teoria da tridimensionalidade do direito.

As máximas de experiência, segundo Babosa Moreira (1988, p. 61-62), são noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes e mediante o raciocínio indutivo, conclui-se que, se as coisas costumam sempre se apresentar de determinada maneira, assim se apresentarão também no futuro. O juiz deve se valer do empirismo na decisão da causa.

O artigo 335 do Código de Processo Civil é claro no sentido da aplicação dessa regra: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência

comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

A parte subjetiva é correspondente à teoria da tridimensionalidade do direito, a qual ensina que o direito deve ser visto como fato, valor e norma, o sistema normativo é a reunião dessas três figuras conjuntamente valorizadas, não podendo ser visto de uma forma “lógico-deôntica reducionista”, conforme entende Guerra Filho (2005, p. 102), em que para cada caso concreto, haja uma hipótese a ele subsumível. Pelo contrário, o magistrado quando provocado deve aplicar no julgamento da demanda todo o conhecimento principiológico necessário não se atendo ao conhecimento puro das normas-regras.

É preciso ter em mente o escopo fundamental do processo “qual seja proporcionar expeditamente soluções justas para os conflitos submetidos à apreciação dos juízes” (BEDAQUE, 2006, p. 81).

Além da concessão da antecipação de tutela, outra previsão inspirada no princípio da instrumentalidade das formas é a possibilidade do julgamento da causa madura [515, § 3º do CPC], na qual é dada a possibilidade ao tribunal, no caso de indeferimento da petição inicial sem exame de mérito, se a causa versar apenas sobre questão de direito, adentrar e julgar o mérito.

O artigo 515, § 3º do código de processo civil prevê que: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito [artigo 267 do Código de Processo Civil], o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Essa previsão desrespeitou a regra do artigo 515, *caput*, do Código de Processo Civil, em que a extensão do efeito devolutivo da apelação deve ser delimitada pelo apelante, mas por questões de celeridade e justiça, nesses casos, o tribunal *ad quem* deve adentrar no mérito

e já julgar a causa sem devolvê-la para a inferior instância novamente, pois não há questões de direito a serem apreciadas.

Suponhamos que uma demanda esteja pronta para ser julgada com questões apenas de direito para ser discutida, mas o legislador, com uma visão extremamente conservadora, mandasse observar o procedimento de forma rigorosa, como era antes da entrada desse dispositivo [artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil], assim, o processo retornaria ao juízo *a quo* para ser rejuizado e após longo trâmite processual voltaria de novo à segunda instância, dessa maneira, a finalidade do processo estaria sendo prejudicada em benefício da forma.

Andou bem o legislador ao fazer essa alteração, mas ocorre que o juiz não pode se limitar a esperar o legislador para que mudanças sejam feitas, devendo utilizar os poderes que lhes são conferidos e verificar se os meios propostos pelo legislador são idôneos e adequados ao fim do processo, tornando o processo menos oneroso e mais eficiente.

Moniz de Aragão (*apud* Bedaque, 2006, p. 65) tece uma crítica quanto ao modelo burocrático-formalista do processo jurisdicional, sugerindo uma redução do número de procedimentos e a fungibilidade:

De modo a tentar eliminar a plethora de regras e regrinhas meramente formais, cuja interpretação gera problemas e mais problemas, a ocupar a atenção dos juízes e tribunais com tamanha intensidade que, muitas vezes, ficam eles absorvidos por essas questões a ponto de perder a perspectiva do julgamento do mérito da causa, que constitui, este sim, obviamente, o verdadeiro objetivo da existência do direito processual.

Em sentido contrário são os críticos dessa visão processual, preferindo o formalismo provinciano mesmo que não se coadune com o fim pretendido. Bedaque (2007, p. 69) cita um caso em que “já se chegou a negar seguimento a um agravo de instrumento por não ter o agravante juntado certidão de intimação da decisão agravada, embora tenha ele esclarecido que ainda não houvera publicação”.

Esse tipo de procedimento dos tribunais não é incomum, pois muito mais fácil do que ter uma visão progressista do processo e cumprir o papel principal que é dar a efetiva tutela ao cidadão, voltam os olhos apenas ao rigor excessivo da lei, desprestigiando o Poder Judiciário, e mais, prestigiando aquele que possui maior poder econômico, incutindo cada vez mais um verdadeiro temor no jurisdicionado de buscar os seus direitos pela via que deveria ser a mais fácil.

A criação de instrumentos novos ou simplificação dos ritos processuais só terá êxito se tiver a vontade efetiva dos juízes em aplicá-las, pois do contrário todo esforço da implementação desses novos instrumentos perderá o significado.

4.3 Adequação do procedimento e forma

Hodiernamente, não há mais que se discutir a existência ou não do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva [artigo 5º, XXXV, CF]. Dessa forma, a doutrina vem sustentando que a ação processual deve ser entendida como uma ação adequada à tutela dos direitos (MITIDIERO, 2007, p. 89).

Para que seja assegurada a participação efetiva de todos aqueles que fazem parte da relação processual, esse método de solução de controvérsias - processo - deve ser previamente estabelecido por normas para que possa ser fornecida a resposta adequada àqueles que necessitam da tutela jurisdicional (MITIDIERO, 2007, p. 90).

A nova visão processual não admite que um processo seja justo, seguro, mas demorado, tampouco um processo célere, mas com decisão injusta, devendo, assim, ser buscado esse tempo razoável descrito constitucionalmente no artigo 5º, LXXVIII.

Antes de analisar as hipóteses de tentativa de efetivação de tutela jurisdicional introduzidas pelo legislador nas últimas reformas, deve-se verificar a regularidade do

procedimento, sendo que, se ausente qualquer dos requisitos necessários ao desenvolvimento regular válido do processo, não será possível que a resposta estatal seja dada, pois esses vícios de forma impedem a possibilidade da apreciação do mérito da demanda e a consequente produção do resultado esperado.

Assim, paralelamente à necessidade de tornar a tutela jurisdicional efetiva, imperioso reanalisar a inflexibilidade da forma do processo, pois diante de sua natureza eminentemente instrumental, imprescindível se torna a sua flexibilização, já que o excessivo apego à forma do ato processual e a perda do seu foco final, contribuem para essa excessiva demora na entrega do bem da vida.

Há o risco de nulidades serem decretadas sem necessidade, apenas e tão somente pela não-observância de alguma exigência formal, mesmo que nenhum prejuízo cause a nenhuma das partes da relação.

Não basta que o legislador se preocupe apenas com a prestação da tutela jurisdicional, mas é preciso interpretar as regras processuais de maneira teleológica, o sistema deve ser interpretado de acordo com uma visão instrumentalista do processo - a forma não deve sobrepor-se ao fim (MARINONI, 2008, p. 419).

Esse respeito à forma e à técnica funciona da seguinte maneira: o juiz, antes de analisar o mérito do processo deve verificar os pressupostos de existência e de validade do mesmo, as condições da ação, pois a ausência desses requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito pode levar à extinção do processo (BEDAQUE, 2006, p. 175).

Também deve ser verificada a regra da eventualidade ou concentração da defesa, pois há momentos e meios próprios para que as partes se manifestem no curso do processo, fazendo parte da forma que deve ser obedecida.

Esse formalismo tem origem nas sociedades primitivas romanas onde o processo era sinônimo de forma, a justiça ficava para um segundo plano, o que eles buscavam era a

eliminação do conflito de interesses, não importando se o resultado correspondia à vontade do legislador material. Se a forma não fosse reproduzida de maneira fiel, o julgamento poderia ser considerado como favorável à outra parte (BEDAQUE, 2006, p. 44).

Chiovenda (1930, p. 358) expõe que:

O extremo rigor do formalismo romano e a relação entre o reduzido poder do juiz, que não passava de mero expectador, são confirmados por Chiovenda. Observa que a simples omissão de uma sílaba na fórmula, um gesto involuntário, o levantar de uma mão mais alto do que o preciso, era suficiente para anular o ato, com a conseqüente derrota. Isso porque o verdadeiro significado do ato estava na sua exteriorização, não havendo distinção entre sua razão de ser e o modo de praticá-lo. Além disso, a forma significava o freio necessário aos possíveis excessos decorrentes da luta pela satisfação do direito, pois a obrigatória observância de solenidades acalma as paixões e impõe prudência. Nesse quadro, mínimo era o poder do juiz, sendo o processo conduzido, preponderantemente pelas formas. Em Roma a obtenção da tutela jurisdicional era assegurada em grande parte pela solenidade formal da *legis actiones*.

Ocorre que a sociedade sofreu fortes transformações, houve crescimento do número e aumento da complexidade das relações comerciais e das lides, vive-se na era da globalização, da sociedade de respostas rápidas, assim o direito - sistema jurídico - deve acompanhar essa evolução, deve haver uma homeostase entre o sistema social e o sistema jurídico. De acordo com a visão sistêmica, todos os sistemas têm uma característica em comum: a comunicação de seus elementos. Segundo Luhmann *apud* Trindade (2007, p. 93), o sistema sociojurídico também é constituído por comunicação, sendo que é ela que torna a operação apropriada para produzir e reproduzir o sistema jurídico. Havendo esse equilíbrio, o desapego à forma e a técnica se tornam imprescindíveis, pois o que se busca hoje é a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Deve ser ressaltado que não se quer a eliminação das formas, devendo ser utilizadas quando necessárias - essa é a regra - no entanto deve ser submetida a um exame crítico, sopesando o contraditório, ampla defesa, economia processual, ausência de prejuízo, método de ponderação e instrumentalidade das formas.

Daniel Mitidiero (2007, p. 62) assevera que uma análise da teoria do direito, de acordo com o Estado Constitucional, pode ser reconduzida a uma proposta de Gustavo Zagrebelsky, “que é o direito *mitte* - maleável, moldável, dúctil, líquido”. O direito deixaria de ser um elemento pré-dado pelo legislador a que cabe o juiz tão-somente declarar uma atividade mecânica para ser compreendido como um problema que deve ser resolvido pelas partes e pelo juiz, em diálogo, a fim de que se encontrem a solução mais justa para o caso concreto.

A nova visão epistemológica apregoa que em uma “perspectiva processual civil, o Estado Constitucional requer, como método de trabalho, o formalismo - valorativo”, ou seja, é necessário reconhecer a importância do direito fundamental processual na construção de um processo justo. Como o processo é um lugar de ambiência dos direitos fundamentais, é um instrumento que os jurisdicionados utilizam na busca desses direitos, imperioso que ele se amolde aos interesses em jogo (MITIDIERO, 2007, p. 62).

Portanto, a nulidade de um ato, a não observância de técnica ou escolha de vias processuais inadequadas só devem ser consideradas relevantes e ser decretada a sua nulidade, se for o caso, se restar comprovado prejuízo para o objetivo maior do processo ou se for violado o devido processo legal.

Para que seja alcançado esse ideal de justiça, é necessária uma visão teleológica do intérprete e porque não dizer uma visão pós-positivista do direito, desapegada das amarras tecnicistas, mas utilizando os princípios constitucionais e oxigenando a relação processual, já que as regras são necessárias sim, mas a sua utilização de forma obtusa sufoca o processo, pois lhes falta maleabilidade dos princípios.

Apesar do esforço dos legisladores na produção de novas leis que buscam dar efetividade ao processo, essas alterações são insuficientes para alcançar o resultado desejado e eficaz.

As leis e as regras do direito são, na grande maioria, vagas e imprecisas e devem ser reinterpretadas pelos juízes antes de serem aplicadas e mesmo assim, algumas situações são tão novas e específicas que não podem ser decididas mesmo se forem ampliadas ou reinterpretadas. Dessa forma, quando se deparam com essas situações, os juízes devem criar um novo direito, agindo como se fossem delegados do poder legislativo? Não. Segundo Dworkin (2007, p. 08) é errado esse conhecido pressuposto de que os juízes estão legislando quando suas decisões são mais abrangentes e vão além das decisões políticas já tomadas. Segundo o autor, o que os juízes fazem é nada mais que a mera aplicação dos princípios.

Essa visão acima exposta serve para uma reflexão acerca da aplicação dos princípios, pois muitos intérpretes - magistrados - com visão extremamente positivista, que não admitem a sua aplicação, não sabem que estão aplicando os princípios cotidianamente.

Se o princípio da cooperação fosse observado de forma plena e o juiz conferisse à parte a oportunidade de se manifestar sempre que fosse proferir uma decisão, mesmo que fosse uma decisão em que pudesse conhecê-la de ofício, evitar-se-iam muitos recursos, a extinção desarrazoada de ações, o processo seria mais dialógico, as partes e os juízes não seriam meros escravos das formas.

Como diz Bedaque (2006, p. 108), qual é o problema “na prévia manifestação do autor a respeito de possível indeferimento da inicial por carência da ação, ou do recorrente sobre a admissibilidade do recurso?”. Se tal posição fosse tomada, facilitaria sobremaneira a instrução do processo, evitando entraves, extinções puramente burocráticas, sendo que seria dado à parte possibilidade de convencer o julgador de existência da condição da ação ou dos pressupostos que julga faltar, além de outras questões.

Ocorre que, em determinadas ocasiões, o processo pode ter seguido o seu curso, não obstante o vício processual. Dessa forma, deve ser encontrada uma forma de salvar o

instrumento, já que tempo e dinheiro já foram gastos. O juiz deve aproveitar o máximo possível do que já fora realizado e desconsiderar a nulidade processual.

Alguns exemplos podem ser extraídos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do antigo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

Às vezes as soluções são simples. Evitam-se a decretação de nulidade e a extinção do processo mediante a adoção de medidas saneadoras, destinadas a afastar os vícios e restabelecer a regularidade do instrumento. Ao relatar apelação interposta contra sentença terminativa, fundada na não formação de litisconsórcio ativo necessário, buscou-se solução compatível com tais afirmações. Concluiu-se pela não-obrigatoriedade do litisconsórcio, mas de simples outorga uxória ou autorização marital, por se tratar de demanda fundada em direito real. Feito isso, entendeu-se admissível a regularização, concedendo aos autores oportunidade para juntada das respectivas autorizações. Preferiu-se esta solução à extinção de processo em curso já há mais de 10 anos. Sempre que possível o vício formal deve ser afastado, possibilitando o julgamento do mérito (TJSP, 1º C. de Direito Público, Ap. 282.819-5/4, Nova Odessa/Americana, j. 2.3.2004).

Também já se desconsiderou alegação de nulidade de intimação da penhora realizada com hora certa, porque a executada tomou conhecimento da constrição e ofereceu embargos, que foram recebidos, processados e julgados pelo mérito. Se o ato processual atingiu seu objetivo, ainda que praticado em desconformidade com o modelo legal, deve ser considerado válido [Código de Processo Civil, arts. 244 e 249, § 1º]. O princípio da legalidade das formas e a necessidade de observância das regras do procedimento constituem meios para assegurar a obtenção de resultados. Se estes forem alcançados, deixa de ter relevância o não atendimento da forma (1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 12º C., Ap. 554.258-7, São Paulo, j. 7.8.1995).

4.4 O ponto de equilíbrio entre a forma e a finalidade: processo como instrumento à efetivação de direitos fundamentais

Em primeiro lugar, necessário que se entenda que essas regras previamente estabelecidas dos atos processuais - pelo menos para o legislador - são imprescindíveis para que se obtenha da melhor maneira possível resultado esperado do Estado na prestação de tutela jurisdicional e também garantem que os princípios constitucionais sejam observados, garantindo o tão sonhado resultado justo.

Ocorre que a invalidação de um ato processual considerado inválido, pode gerar graves danos às partes, pois quando isso acontece todos os seus atos subseqüentes também devem ser considerados inválidos e assim, o objetivo final do processo resta comprometido.

De acordo com a visão instrumentalista do processo, que propõe que o intérprete tenha uma visão teleológica do instrumento, para abrandar esse rigorismo, devem ser levados em conta dois aspectos da técnica e dos requisitos exigidos para regularidade do procedimento e dos atos que o integram:

O primeiro deve ser com relação à possibilidade de o legislador cometer um equívoco quando da elaboração de um modelo a ser seguido à realização de determinado ato processual;

O segundo é no sentido de que toda e qualquer extremismo é muito perigoso - como em qualquer aspecto da vida -, assim, a proposta é no sentido de que não deve se observar o formalismo absoluto, tampouco a total liberdade das formas, mas sim, o meio termo. Deve-se levar em conta o caso concreto, aplicando a regra da proporcionalidade, celeridade processual, adaptabilidade, mas sem se esquecer do devido processo legal e da ampla defesa também, que são, sem dúvida, os mais importantes princípios a serem observados. O ponto fulcral dessa visão instrumentalista é a relação de adequação entre meio e fim (BEDAQUE, 2007, p. 59).

Eros Roberto Grau (2005, p. 151) nos ensina que os críticos do direito não devem deixar de ser dogmáticos, “mas apenas se recusarem à clausura da erudição especializada, clausura que deforma o homem, tal qual o trabalho do empregado especializado, que trabalha exclusivamente em operações mecânicas, que acaba sendo incompleto”. Acrescenta ainda que o “jurista não pode ser apenas um burocrata ou tecnocrata, o que basta a tantos, sem aspiração aos horizontes”.

“A flexibilização do procedimento processual não tornaria a decisão nele proferida menos legítima, tampouco afetaria a sua função de desviar a amortizar as frustrações ao longo do *iter*”, dessa forma, Luhmann *apud* Gajardone (2008, p. 97), em sua teoria sistêmica-funcional não condiciona o poder legitimante do procedimento à sua rigidez. Nesse contexto:

Mesmo com um procedimento maleável conforme as circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que o curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional.

A forma deve ter uma razão final para que exista, pois obedecer simplesmente pelo amor a ela, não há razão de ser, por isso a nova visão processual não se coaduna com esse pensamento.

Se o ato processual atender à sua finalidade e não causar prejuízo às partes, situação que só poderá ser analisada no caso concreto, “pré-excluída está sua imperfeição” (MITIDIERO, 2005, p. 72).

O Estado é o responsável pela prestação da tutela jurisdicional e se comprometeu a responder à demanda de todos os jurisdicionados que se submetem às barras dos Tribunais na obtenção de um dado provimento judicial, e “a jurisdição, de seu turno, exerce-se através da relação jurídica processual em contraditório, cujo método é a dialética, visando a aplicar o direito e a pacificar a sociedade, realizando a justiça no caso concreto” (MITIDIERO, 2005, p. 72).

De acordo com a teoria sistêmica de Luhmann *apud* Gajardoni (2008, p. 98), deve ser dado o devido valor ao contraditório útil e não ao mero culto ao procedimento, pois “só através dele as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais”.

Assim, o que realmente dá legitimidade a uma decisão não é o procedimento em si mesmo, mas sim “o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil” (GAJARDONI, 2008, p. 98).

CAPÍTULO V. LIMITAÇÕES DA AMPLA DEFESA COMO FORMA DE GARANTIA DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL: A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA

5.1 Tutelas cautelares

O jurisdicionado, na busca da obtenção de seu direito fundamental, tem a possibilidade de obter a sua prestação jurisdicional do órgão competente de forma definitiva ou provisória.

A regra é que a tutela seja definitiva, pois o longo debate acerca do objeto litigioso - cognição exauriente - garante, de forma mais efetiva, o devido processo legal e seus consectários princípios do contraditório e da ampla defesa. Ocorre que a prestação desse tipo de tutela é muito mais demorada em decorrência do *iter* procedimental que obrigatoriamente deve percorrer, além das formas que devem ser obedecidas conforme visto acima, correndo risco de, ao final, a demanda perder a razão de existir, pois que o bem buscado se exaure.

Um bom exemplo é a necessidade de o autor estar em uma situação de emergência, necessitando de uma cirurgia urgente e ter que aguardar a decisão final do processo, para só depois ter a possibilidade de se submeter à cirurgia esperada. Nesse tipo de situação o objeto da demanda se esvaziaria caso o provimento jurisdicional não fosse efetivado de forma diferenciada. Haveria um esvaziamento do mais importante direito fundamental, que é o direito à vida.

Assim, surgiu a necessidade de se desenvolver as tutelas de urgência - cautelares e antecipatórias - e devem ser utilizadas aplicando o método de ponderação, optar por qual

princípio deve prevalecer no caso concreto. Assim se houver necessidade da antecipação - adequação - dessa tutela, restringindo o devido processo legal, em homenagem à função instrumentalista do processo, o fim deve prevalecer sobre a forma (DINAMARCO, 2008, p. 182).

O sistema processual teve que se adequar não apenas às características do direito material apresentado no caso concreto, mas também foi necessário voltar os olhos às diferentes posições sociais dos litigantes.

O artigo 3º, III, da Constituição Federal observa que os objetivos da República Federativa do Brasil é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Dessa forma, se a constituição estabelece que deve ser erradicada a pobreza e eliminadas as desigualdades, com mais razão há de ser abrandado o procedimento para os casos em que se mostrarem patentes essas desigualdades.

Um procedimento que não esteja de acordo com o princípio da igualdade não obedece ao devido processo legal-formal e substancial. Esse princípio se tornou um dos mais importantes instrumentos das liberdades públicas, principalmente no sentido de controle dos arbítrios legislativos, da discricionariedade governamental e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos em geral do Poder Público (MARINONI, 2004, p. 190).

A adoção da tutela jurisdicional diferenciada é justificada para cada situação particular, para que se observe a proteção adequada e em tempo razoável, o que certamente não ocorreria com a aplicação do procedimento comum ordinário, assim, de acordo com as necessidades do caso concreto, se este último se mostrar insuficiente o magistrado deve recorrer ao primeiro (MARINONI, 2004, p. 190).

O processo cautelar, durante muito tempo, mostrou-se como instrumento adequado às tutelas jurisdicionais de urgência, já que o sistema processual brasileiro só havia instituído

o poder geral de cautela [artigo 798 do CPC], e concedia ao magistrado apenas possibilidade de concessão de medidas cautelares atípicas, as medidas antecipatórias eram apenas as expressamente previstas em leis especiais - mandado de segurança, possessória, alimentos (DIDIER JR, 2007, p. 511).

A tutela cautelar foi se mostrando insuficiente com o passar dos anos e ocorreu um desvirtuamento de sua utilização, assim os juízes, diante do poder geral de cautela, passaram a conceder as denominadas cautelares satisfativas que eram concedidas com o preenchimento dos pressupostos da cautelar - *fumus boni iuris e periculum in mora* (DIDIER JR., 2007, p. 511).

Esse desvirtuamento da técnica processual serve para mostrar a força do princípio da adequação/adaptabilidade, pois o sistema processual se viu forçado a adequar a técnica diante da lacuna da lei nos casos de evidência ou urgência, já que a simples tutela cautelar mostrava-se ineficiente diante de determinadas situações.

Com a reforma do Código de Processo Civil, com a Lei nº. 8.952 de 1994, foram inseridos os artigos 273 e o § 3º ao artigo 461, sendo atribuído ao magistrado o poder geral de antecipação da tutela, permitindo a análise de outros tipos de tutelas urgentes que foram surgindo ao longo dos anos, e não apenas para aqueles procedimentos especiais.

O artigo 273 cuidaria das antecipações de tutela das ações constitutivas, declaratórias [a tutela pode ter natureza constitutiva antecipando situações novas desejadas pelo demandante, como ao suspender total ou parcialmente o resultado de uma assembléia societária e mandar ou permitir que outra se convoque para decidir sobre o mesmo conduta e autorizando medidas coercitivas para realização do comando] além das prestações pecuniárias, enquanto o § 3º do artigo 461 se encarregava da antecipação da tutela das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa distinta de dinheiro (FRIEDE, 1996, p. 158).

Importante registrar que alterações trazidas não tiveram o condão de anular o processo cautelar, mas sim, complementá-lo, na tentativa de torná-lo realmente eficaz, assim fala-se em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória; estas, de cunho eminentemente satisfativo, aquelas de cunho apenas preventivo.

O processo cautelar visa assegurar o resultado útil de outro processo, já a tutela antecipada “permitem que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito” (CARNEIRO, 1999, p. 44).

Muitas pretensões que antes da reforma não eram possíveis, ante a impossibilidade de ajuizá-la pela via mandamental, só eram possíveis através da tutela cautelar, assim, com o surgimento do instituto da antecipação da tutela o processo cautelar reassume a fisionomia própria, deixando de ser repositório de pretensões materiais que, por esgotarem seu objeto, sempre foram vistas com desconfiança pelos tribunais (ALVIM, 2007, p. 27).

Tanto a cautelar propriamente dita como a tutela antecipada são providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório, sendo que o que as diferencia, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão e a tutela antecipada já a realiza de imediato. Enquanto essa só é possível dentro da ação principal aquela é objeto de ação em separado que poderá ser ajuizada antes da principal ou depois de proposta.

5.1.1 Fungibilidade entre tutela cautelar e antecipada

Com a introdução da Lei nº. 10.444 de 2002 foi acrescentado o § 7º ao artigo 273, dando a possibilidade da fungibilidade entre essas tutelas de urgência.

Essas medidas são técnicas processuais distintas que possuem a função de amenizarem os males do tempo (MARINONI, 2004, p. 205).

Com a reforma do Código de Processo Civil, através da Lei nº. 10.444 de 2002, o legislador introduziu o artigo 273, § 7º, admitindo a possibilidade expressa da fungibilidade da concessão de uma tutela pela outra, ou seja, é possível a concessão de provimentos cautelares no bojo da instrução de processos de conhecimento, não sendo mais necessário a instauração de um processo com o objetivo único de obtenção de uma tutela cautelar.

Conforme estabelece o artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Para que o magistrado conceda a medida cautelar no processo de conhecimento serão necessários os mesmos requisitos exigidos para concessão da medida cautelar em processo autônomo, pois conforme prescreve o artigo supra, “quando presentes os respectivos pressupostos”, significa os pressupostos para concessão da cautelar, quais sejam: *o fumus bonis iuris e o periculum in mora*.

Há uma corrente doutrinária e entre os seus adeptos cita-se Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 154-155), que admite essa possibilidade sim, mas para que o juiz conceda a medida cautelar mediante requerimento de antecipação de tutela, deve haver a existência de outros requisitos: existência de dúvida fundada e razoável, só será possível a concessão da cautelar quando houver dúvida objetiva quanto a qual medida deva ser pleiteada no caso concreto. Assim, quando a parte haja incorrido em erro grosseiro fica excluída essa possibilidade de fungibilidade.

Esse posicionamento é razoável, pois se a regra da fungibilidade for acatada sem nenhuma ressalva irá privilegiar a má-fé, já que o ajuizamento de uma cautelar através de um processo autônomo implica em custas judiciais, bem como ônus de sucumbência à parte que decaiu do pedido, já para a tutela antecipada não, pois o artigo 20 do Código de Processo

Civil assevera que os honorários advocatícios serão devidos em razão de sentença condenatória e não de decisão interlocutória.

Outro ponto há ser ressaltado: se essa fungibilidade pode ser tanto de tutela cautelar para antecipada e vice-versa, portanto é uma via de mão dupla? Uma corrente doutrinária entende que não, podendo somente ocorrer à fungibilidade regressiva, ou seja, da antecipação de tutela para medida cautelar.

Segundo Humberto Theodoro Jr. (1999, p. 94) “o que não se pode tolerar é manobra inversa, ou seja, transmudar em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio”.

Não se pode perder de vista que os requisitos específicos de cada uma das modalidades de tutela devem ser observados, pois não foram dispensados pelo legislador, dessa forma, o que ele quis foi abrandar os rigores em determinadas situações, mas devendo haver dúvida objetiva conforme observado, e ainda se for feita uma simples leitura do artigo 273 § 7º, o qual deixa transparecer que deve ser feita uma interpretação restritiva a fungibilidade progressiva não é possível, apenas a regressiva, de tutela antecipada para tutela cautelar (MARINONI, 2004, p. 156).

Permitir a possibilidade de uma concessão de tutela antecipada através de uma medida cautelar seria incentivar o uso das cautelares satisfativas (MARINONI, 2004, p. 156).

Fernando Gajardone (2006, p. 200) entende que a fungibilidade é de mão dupla sim, mas ocorre que somente haverá essa fungibilidade entre a tutela antecipada do artigo 273, I, do Código de Processo Civil e a tutela cautelar, pois as outras são tutelas antecipadas fundada na evidência [artigo 273, II e § 6º do CPC].

Alega também que se o juiz entender que em um caso em que haja pedido de tutela cautelar restar caracterizado que é caso de tutela antecipada, deverá concedê-la, mas com a

cautela em transformar o processo cautelar em processo principal, de conhecimento, isso porque a tutela antecipada é sempre concedida no bojo de processo de conhecimento (GAJARDONI, 2006, p. 200).

Ambas as modalidades de tutela diferenciada têm o escopo de dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional, dando ao jurisdicionado, no caso concreto, a devida resposta àquilo que veio buscar, assegurar uma futura prestação, ou lhe entregar incontinentemente a prestação buscada, tudo com base na ponderação, analisando, sobretudo, qual será o maior prejudicado pelos males do tempo.

Em ambas as situações há uma necessidade veemente de assegurar de imediato o bem da vida buscado, sendo que em uma ser-lhe-á entregue esse bem, caso cumpra os requisitos da antecipação de tutela e, em outra ser-lhe-á assegurada o cumprimento de uma futura prestação, se também cumprir os requisitos da tutela cautelar, sendo impossível, em ambas situações, a cognição exauriente, sob pena do não cumprimento do direito fundamental à efetividade e o esvaziamento de um mandamento constitucional.

O direito processual, visto por uma vertente neoprocessualista, teleológica, não pode se desalinhar dos mandamentos constitucionais e assim perder de vista a finalidade do processo, que é a garantia da efetivação dos direitos fundamentais de forma célere, justa, adequada e segura. Assim, nesses casos, principalmente nos já pré-estabelecidos pelo legislador, indispensável se torna a cognição sumária como forma de cumprimento total dos princípios constitucionais e portanto haverá uma limitação da ampla defesa como forma de garantir o cumprimento da efetividade da prestação da tutela.

5.2 Tutela antecipada

5.2.1 Requisitos para se alcançar essa forma de tutela diferenciada

No processo civil, a igualdade material entre os litigantes só poderá ser alcançada se houver a possibilidade de uma tutela jurisdicional diferenciada. Essa é a idéia do processo justo, o vínculo teleológico entre o meio e o fim, entre o instrumento processual e a tutela prometida pela constituição ao direito material (MITIDIERO, 2007, p. 60).

Essa técnica de adequação da tutela pode ser realizada tanto de maneira abstrata, pelo legislador, prevendo procedimentos especiais e adequados para determinadas situações e também de forma concreta pelo próprio magistrado, no caso concreto, caso não haja lei nesse sentido, pois tanto o legislador quanto o juiz devem observar os direitos fundamentais (DWORKIN, 2007, p. 299-300).

A técnica da antecipação da tutela é uma das formas de adequação da tutela jurisdicional realizada de forma abstrata pelo legislador e que deverá ser observada pelo julgador no caso concreto, e que hoje, indubitavelmente, é a mais eficaz arma de proteção que o jurisdicionado tem a seu favor, pois quando se fala em antecipação de tutela é necessário se ter em mente que o jurisdicionado terá a plena e integral efetivação de seu direito.

Quando o juiz é chamado a decidir sobre uma demanda antecipatória será preciso sopesar os males que o demandante irá sofrer caso lhe seja denegado e, por outro lado, caso haja a concessão, quais os males que tal medida irá causar ao requerido. Imperioso recorrer a regra do sopesamento para se saber qual dos direitos terá um maior peso naquele caso.

A lei do sopesamento diz o que é importante:

[...] de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Aquele que afirma uma afetação muito intensa e só pode ser

justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação do princípio colidente.

[...]

Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não são relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica (ALEXY, 2008, p. 171).

Para que a antecipação da tutela não se transformasse em regra geral, o que acabaria por ferir a garantia do devido processo legal e seus consectários como o direito ao contraditório e a ampla defesa, antes de ser o litigante privado de seus bens jurídicos, a parte interessada deve se submeter às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial e a verossimilhança da alegação - além da prova da reversibilidade do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Além disso, a técnica foi estruturada de várias maneiras, dando a possibilidade de requerê-la quando houver: a) receio de dano ou de difícil reparação - *periculum in mora* [artigos 273, I, 461§ 3º, e 461-A do Código de Processo Civil]; b) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório [273, II, Código de Processo Civil]; e c) parcela incontroversa da demanda [artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil].

5.2.2 Momento da concessão e provisoriedade da tutela antecipada

A efetivação da tutela, em regra, deve ser concedida ao final do processo, no momento em que a sentença for proferida.

Pode ocorrer que, em determinadas situações, o autor não possa aguardar o provimento final para que lhe seja entregue o bem da vida pleiteado, dessa forma, o processo, cumprindo o papel que lhe é próprio, de efetivação dos direitos fundamentais, terá que se adequar às especificidades daquele caso e assim, ser-lhe á entregue o bem de forma

antecipada para que tal não pereça, do contrário a finalidade da atividade jurisdicional estaria sendo prejudicada em face da forma (DINAMARCO, 2008, p. 307).

Importante ressaltar que da mesma forma que as cautelares têm natureza provisória [artigo 807 do Código de Processo Civil], a tutela antecipada também a tem e, de acordo com o artigo 273, § 4º, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer momento.

Mas sempre que o juiz resolver alterar sua decisão, deverá justificá-la, pois se ele mesmo a concedeu relativizando a ampla defesa, com escopo na regra da ponderação, é sinal que enxergou razões suficientes para isso e logicamente as justificou, dessa forma, pelos mesmos motivos deverá justificar essa mudança de entendimento.

Outra questão que deve ser observada é que a liminar antecipatória jamais poderá assumir o efeito exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida *in limini*, o processo forçosamente deverá prosseguir até o final do julgamento de mérito e, é em razão disso que a liminar prevista no artigo 273 convive com o princípio do contraditório (DINAMARCO, 2008, p. 310).

A antecipação da tutela pode ser postulada em outros momentos do processo, embora o mais adequado seja na inicial. O juiz, caso não tenha a deferido na inicial, poderá deferi-la num segundo momento, se entender necessária, mas devendo considerar os pressupostos para que tal ocorra (ALVIM, 2007, p. 68).

É possível a concessão da antecipação até mesmo em grau de recurso, pois imagine uma situação de uma medida de antecipação de tutela ser indevidamente negada no juízo *a quo*. Dessa forma será lícito ao agravante pedir no seu recurso para que, antes do julgamento dele, analise preliminarmente a concessão da tutela antecipada inadiável (ALVIM, 2008, p. 68).

Tal recusa da medida preventiva representaria a inutilização do julgamento do agravo. Em um processo civil, em sincronia com o atual Estado Constitucional de Direito,

isso seria inadmissível, seria ilógico, ainda mais em um sistema que assegura os princípios da instrumentalidade do processo e da efetividade de prestação da tutela jurisdicional (MITIDIERO, 2007, p. 90).

5.2.3 Técnica a ser utilizada a partir da classificação da tutela pleiteada

Só é possível saber qual o objeto material do processo diante da classificação da tutela - inibitória, de remoção do ilícito ou a ressarcitória - para, assim, definir as reais necessidades do direito material posto e, conseqüentemente, a técnica que deve estar a seu dispor (MARINONI, 2004, p. 201).

No Código Civil de 1916, vigorava o binômio, lesão-sanção e, dessa forma, toda lesão gerava uma reparação. Era uma visão muito ligada ao Estado liberal.

As obrigações que tinham por objeto um fazer, não fazer ou a entrega de coisa distinta de dinheiro tinham um sistema de tutela muito deficiente, em razão do estímulo que se dava à sua conversão em dinheiro.

Na época em que imperava o governo do Estado Liberal:

[...] o juiz estava proibido de atuar sobre a vontade do demandado para convencê-lo a fazer ou não fazer. Portanto não se dava ao juiz meio de execução capaz de garantir o ressarcimento na forma específica, seja porque os valores do Estado Liberal não o desejavam ou exigiam, seja porque o uso da multa era inconcebível em um Estado marcado pelos princípios da liberdade e da autonomia da vontade (MARINONI, 2008, p. 156).

Por uma visão neoprocessualista:

[...] a obrigação de reparar não é - nem pode ser - uma mera obrigação de pagar soma em dinheiro. Na realidade, quem transformou o dever de reparar em dever de pagar foram os valores que implicaram na monetização dos direitos, fazendo pensar que estes poderiam ser medidos através do metro da pecúnia (MARINONI, 2008, p. 156).

Dessa forma, tanto o código de defesa do consumidor [art. 84] quanto o Código de Processo Civil [art.461], mudaram essa visão, entendendo que muito mais importante que punir é garantir o interesse da vítima, instalando-se assim, um novo modelo de tutela que é a preventiva, sem aniquilar a reparatória, mas sim, complementando-a, subsidiariamente, tudo isso como forma de agilizar a prestação jurisdicional.

Essa mudança está em consonância com a visão neoprocessualista, pois “o Estado Constitucional, em outras palavras, tem o dever de proteger os direitos na forma específica, evitando sua degradação em pecúnia” (MARINONI, 2008, p. 157), mas é óbvio:

[...] que este dever pressupõe a circunstância de o dano ser faticamente ressarcível na forma específica, isto é, de a situação anterior a do fato danoso poder ser estabelecida mediante um fazer ou através da entrega de coisa equivalente à destruída, uma vez que, em não raras situações, o dano somente pode ser ressarcido mediante pagamento do seu equivalente em pecúnia (MARINONI, 2008, p. 157).

A tutela específica do artigo 461 do Código de Processo Civil é a obtenção de uma prestação adequada para o caso concreto, possibilitando várias probabilidades de prestação jurisdicional, e “varia conforme as necessidades de tutela do direito material”, podendo “ser prestada mediante a imposição de não fazer ou fazer, pode ser inibitória, de remoção do ilícito” ou ressarcitória (MARINONI, 2008, p. 147).

“A tutela inibitória é uma tutela dirigida contra o ilícito”, é uma espécie de tutela destinada a impedir a prática de ato contrário ao direito “ou, quando já antes praticado, impedir sua reiteração ou continuação” (DIDIER JR., *et al*, 2008, p. 410).

Para que haja concessão da tutela inibitória será dispensável a alegação ou a prova do dano, independentemente também da demonstração de culpa, bastando apenas a ameaça de lesão, do ato contrário ao direito (DIDIER JR., *et al*, 2008, p. 411).

A tutela específica pode ser também a tutela de remoção do ilícito, pois o dano ainda não ocorreu, voltando-se contra o ilícito já praticado, sendo uma hipótese em que o juiz determina a suspensão da ilicitude imediatamente. Para a obtenção dessa espécie de tutela,

também não importa a culpa ou o dano, assim, “enquanto a tutela inibitória visa impedir que o ilícito seja praticado, a tutela reintegratória visa impedir que o ilícito continue” (DIDIER JR., *et al*, 2008, p. 412).

Essa espécie de tutela - remoção do ilícito - “é geneticamente dependente da técnica antecipatória, na medida em que o perigo de dano se relaciona com a idéia embutida na necessidade de se remover os efeitos da ação ilícita”, nessa quadra, “praticada a conduta ilícita da qual decorrem efeitos que se prolongam no tempo, torna-se urgente removê-los, sendo quase que natural a necessidade de se antecipar a tutela de remoção” (MARINONI, 2008, p. 155).

Tanto a ação inibitória quanto a de remoção do ilícito são estruturadas com base no artigo 461 do Código de Processo Civil e viabilizam, por exemplo, a antecipação de tutela [art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil], mas o que realmente importa, tratando-se de execução, é o fato de que ambas dão ao autor e ao juiz o poder de construir a ação e prestar a tutela jurisdicional utilizando a multa ou qualquer outra medida de execução que for necessária ao caso concreto [arts. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil].

5.2.4 Forma de efetivação dessas decisões

Para a efetivação da tutela antecipada, de acordo com a atual redação do § 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil, dada pela Lei nº. 10.444/2002 serão observadas, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588 [atual art. 475-O], 461, §§ 4º e 5º, e 461-A (CASTAGNA, 2008, p. 263).

Antes de a Lei nº. 10.444/2002 alterar a redação do § 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil, a expressão utilizada não era de efetivação, mas de sim execução da tutela antecipada, e essa alteração foi laconicamente justificada pela Exposição de Motivos aos

argumentos de que: (i) naquela sede, não se cuidaria de “execução” no sentido processual e (ii) a alteração seria para compatibilizar a “efetivação” com as alterações estatuídas no art. 588 [execução provisória] e 461 [“técnica de efetivação da tutela específica”] (YARSHELL, *apud* FUX; NERY JR; WAMBIER, 2006, p. 331).

Em relação a essa alteração, “não parece exato dizer que no âmbito da tutela antecipada, não haja ‘execução em sentido processual’ conforme consta da Exposição de Motivos” (YARSHELL *apud* FUX; NERY JR; WAMBIER, 2006, p. 331). Segundo assevera Flávio Yarshell (*apud* FUX; NERY JR; WAMBIER, 2006, p. 331):

[...] o sentido só pode ser “processual”, porque, excluindo-se a hipótese de que o termo estivesse empregado em sentido que escapa à técnica jurídica, fora daquele sentido (“processual”) só se poderia cogitar de uma execução em sentido “material” ou “substancial”, isto é, a “execução das obrigações” ou a “execução dos contratos”, para traduzir a idéia de que umas e outros foram cumpridos, foram adimplidos, foram observados, enfim, foram executados.

Argumenta ainda o autor (*apud* FUX; NERY JR; WAMBIER, 2006, p. 331):

[...] talvez fosse mais adequado dizer que, no âmbito da tutela antecipada, nem sempre a prática de atos tendentes a proporcionar ao credor a respectiva satisfação (entrega ou fruição do bem da vida) se dá conforme o conceito clássico de execução, no qual está presente a idéia de atuação mediante sub-rogação (“execução forçada”).

Há de ser ressaltado que, para a efetivação das tutelas antecipadas as quais exigem uma prestação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, os meios empregados nem sempre serão os de sub-rogação.

Ademais, imperioso ressaltar que “hoje se pode dizer que o sistema dá preferência às técnicas pelas quais se compele o devedor - se não espontaneamente, quando menos voluntariamente - a realizar a prestação devida em prol do credor mediante emprego de medidas coercitivas indiretas” (YARSHELL *apud* FUX; NERY JR; WAMBIER, 2006, p. 331).

Mas essa questão não é apenas terminológica porque quando se trata da tutela antecipada para pagamento de quantia à doutrina, afora as exceções previstas no sistema - a exemplo do artigo 733 do Código de Processo Civil e do Mandado de Segurança -, tradicionalmente aceita que a satisfação do credor se dá por meio de sub-rogação, por execução forçada, assim, houve um equívoco na justificação da mudança na Exposição de Motivos, já que, indubitavelmente, a satisfação do crédito se realizará mediante típica atividade de execução, mesmo não havendo um processo autônomo.

Dessa forma:

[...] no âmbito da antecipação de tutela pode sim haver execução no sentido tradicional - “execução forçada” -, entendendo-se aqui a realização da atividade de sub-rogação. Isso ocorrerá principalmente nas obrigações de pagamento de quantia. Mas poderá também ocorrer nas obrigações de fazer e não fazer, em que os meios indiretos de pressão não sejam suficientes para satisfazer o credor, e este - como a própria lei permite - acabe se valendo da via subsidiária da sub-rogação (632 e ss.) (YARSHELL *apud* FUX; NERY JR; WAMBIER, 2006, p. 331).

Esse equívoco se tornou ainda mais evidente com a inserção o artigo 475, I, do Código de Processo Civil que, de forma expressa, impõe que a medida executiva a ser seguida para a efetivação de obrigações pecuniárias é a do artigo 475-J - execução forçada.

Essa forma de execução por meio de expropriação pode ser muito custosa e demorada, e Marinoni (2004, p. 203), uma voz contrária a esse entendimento, cita um exemplo em que a necessidade de quantia em dinheiro surja no curso do processo de conhecimento no qual se pede a tutela ressarcitória pelo equivalente em razão de ato ilícito. E completa dizendo que se, nessa situação, alguém poderia dizer que a antecipação é descabida, ou a soma antecipada deve ser executada por meio da regra da execução forçada?

O referido autor (2007, p. 203) entende tratar-se de raciocínio puramente preocupado com as regras processuais e desgarrado da realidade social e do direito material pleiteado e, assim:

[...] pouco importa saber qual é a regra para a execução da quantia certa em razão de sentença, mas sim estar em contato com a necessidade - no plano material e da realidade social - do lesado que tem que esperar o tempo para a entrega da tutela jurisdicional final.

O novo artigo 273, § 3º do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº. 10.444/2002 compreende o artigo 475-O e seus incisos, ou seja: I. corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado sofreu, ou seja, haverá a imposição da regra da responsabilidade objetiva àquele que se valeu da medida antecipatória e restou vencido na causa ao final; II. fica sem efeito, se sobrevier acórdão que modifique ou anule a sentença, objeto da execução, restituindo as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos, nos mesmos autos, por arbitramento; III. o levantamento do depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Marinoni (2004, p. 204) argumenta que “a necessidade de um lesado receber seu dinheiro imediatamente não se diferencia da necessidade do recebimento de alimentos fundados no direito de família”. Se ele, em razão de um ato ilícito, necessitar imediatamente de dinheiro para suprir suas necessidades básicas, “não está em situação mais vantajosa do que aquele que se vê na urgência de pedir alimentos”. O autor (2004, p. 204), antes da entrada em vigor do artigo 475-I, propunha até mesmo a possibilidade dessa modalidade de efetivação [execução] ser proposta nos termos dos artigos 733 e ss. do Código de Processo Civil [execução de alimentos].

Apesar da intenção do autor em dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional, propugnando que os provimentos antecipatórios das prestações de pagamento de quantia sejam efetivados por meio da execução indireta, a maioria da doutrina não o flexibiliza, pois,

há no ordenamento jurídico norma legal que conduza a tal entendimento [art. 475, I, do Código de Processo Civil], assim:

[...] se o juiz defere a antecipação e determina que se pague, caso o requerido não cumpra a determinação, a atuação jurisdicional há que prosseguir e, assim será mediante prática de atos materiais de invasão no patrimônio do devedor, consistente em penhora, avaliação (se necessária) e expropriação (com entrega do produto ao credor) (YARSHELL *apud* FUX; NERY JR; WAMBIER, 2006, p. 331).

Assim, para o adimplemento da antecipação de tutela de todas as outras modalidades de prestação - fazer, não fazer e entrega de coisa - houve flexibilização e possibilidade de aplicação das medidas de apoio e a regra passou a ser a efetivação na forma dos provimentos mandamentais. Mas a prestação de pagar quantia, o legislador adotou como regra o sistema da execução forçada, mediante a prática de invasão no patrimônio do devedor, sendo que as exceções - onde há possibilidade de efetivação de pagamento de quantia por meio de provimento mandamental- estão devidamente arroladas nas leis específicas.

De acordo com essa nova visão processual é muito importante a mudança de postura do intérprete no julgamento da demanda, não podendo se ater em aguardar as decisões do legislador, pois, conforme visto, não é um ser inatingível, insuscetível de erros, pelo contrário. Por outro lado, suas decisões não podem ser desconsideradas, devendo haver um meio termo, ou seja, o julgador não pode ser um mero aplicador automático das leis previamente estabelecidas, mas deverá verificar se as mesmas estão de acordo com a Constituição e os direitos fundamentais e, se não forem contrárias, melhor que se aplique as regras pré-estabelecidas.

Dessa forma, a doutrina majoritária vem chegando a um consenso no sentido de seguir a regra da execução forçada quando a antecipação de tutela for de execução de quantia, preferindo a não imposição de qualquer tipo de tangenciamento na esfera da liberdade do indivíduo para cumprimento desse tipo de tutela.

O direito à liberdade, analisado não só à luz da visão do Estado Liberal, mas também pelo ângulo neconstitucional, tem prevalência sobre os outros princípios, isso não quer dizer que não possa ser excepcionado, no caso concreto, mas a argumentação deve ser relevante para que isso ocorra.

Da mesma forma que se buscou em parar de transformar as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa em obrigações de pagar quantia, não há sentido em tentar fazer com as obrigações de pagar sejam cumpridas por meio de execuções mandamentais, ferindo a esfera da liberdade individual, bem supremo num Estado Constitucional.

Portanto, a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil se tornou ainda mais confusa com a inserção do artigo 475-I, pela Lei nº. 11.232/2005, que impõe que a efetivação de obrigação por quantia certa seja por meio de execução forçada, com base nos artigos 475-J e seguintes, havendo, dessa forma execução no sentido processual e também no sentido material.

5.2.5 Pressupostos alternativos do artigo 273 - Antecipação da tutela com base na evidência

O legislador infraconstitucional entendeu de forma correta que determinadas atitudes tomadas pelas partes deveriam ser interpretadas pelos juízes como uma forma abusiva de defesa e assim, caso isso restasse sobejamente comprovado com base no artigo 273, II, do Código de Processo Civil, imprescindível seria a antecipação da tutela em cognição sumária, com base na evidência. Mas também no caso do artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil, entendeu necessário esse suprimento de uma cognição exauriente para dar efetividade ao comando constitucional e cumprimento às suas premissas.

Essas questões relativas à tutela antecipada na evidência são apenas com relação às pleiteadas com base no artigo 273 - tudo que não for obrigação de fazer, não fazer e dar coisa certa - relacionadas ao abuso do direito de defesa e a parte incontroversa da demanda, estão relacionadas com a distribuição do ônus do tempo do processo (MARINONI, 2004, p. 235).

Deixando de lado a antecipação da tutela com relação ao perigo, o segundo requisito, que pode, alternativamente substituir o primeiro, consiste na constatação, pelo julgador, através da provocação da parte autora, do abuso do direito de defesa, em sentido amplo, podendo comprová-lo através de manobras do réu com intuito meramente procrastinatório [artigo 273, II, do CPC].

O legislador ao sancionar essas hipóteses como forma de antecipação de tutela, não quis dispensar a regra geral expressa no caput, mas confirmou a dispensa de situações de perigo nesses casos em que se verificar atitudes do requerido com manifesto caráter protelatório ou abuso de direito.

A adoção desse inciso pelo código de processo civil significa uma forma explícita de introdução do princípio da boa-fé objetiva na realização dos atos processuais, que devem nortear o processo.

A introdução desse dispositivo tem razões empíricas para existir e foi criada pelo legislador com o objetivo de evitar a procrastinação da prestação jurisdicional através de processos ou defesa meramente protelatória.

O legislador, atento às necessidades de uma agilização da prestação da tutela jurisdicional, inseriu esses dispositivos ao texto normativo através da regra do sopesamento, preferindo privilegiar um princípio constitucional, que é a efetividade, desprestigiando o devido processo legal através de cognição exauriente. Nada mais injusto do que impedir o jurisdicionado de usufruir de imediato do seu direito fundamental buscado se ele se apresentar suficientemente demonstrado, reconhecido pela outra parte, ou ainda, se de plano, o

magistrado perceber que a parte adversa vem fazendo manobras meramente protelatórias com o fim de burlar a lei.

O Superior Tribunal de Justiça, no seu acórdão proferido pelo Ministro José Delgado argüiu que “a simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas” (1º. T., REsp 113.368 j. 07.04.1997, DJU 19.05.1997, p. 20.593).

Assim, tarefa difícil será a de qualificar como procrastinatório determinado ato processual da parte e dependerá muito da argúcia do magistrado, sua experiência [máximas de experiência] e, dessa forma, será necessário verificar até que ponto o réu resiste ao pedido do autor por mero capricho ou se está se utilizando do processo como meio de locupletar indevidamente.

Marinoni (2004, p. 216) entende que essa espécie de técnica antecipatória está relacionada com o tempo do processo, ou melhor, “com a distribuição do ônus do tempo”, pois segundo ele, não há como negar que o tempo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não tem. A partir do momento que se aceita o tempo do processo como ônus, conseqüentemente será necessário entender que o autor não pode ser obrigado a suportá-lo, sob pena de ter que compreender o direito de ação como um ônus que recaia sobre aquele que vai à procura do Poder Judiciário, desvirtuando esse direito fundamental de ação.

A interpretação dessa espécie de antecipação de tutela está em conformidade com o princípio constitucional do direito de ação, que é um direito fundamental, e como tal deve ser respeitado, assim, para que o processo esteja em consonância com o atual Estado Constitucional Democrático de Direito, devem ser respeitados os direitos fundamentais,

criando mecanismos de efetivação para que a prestação jurisdicional se realize de forma mais célere (MITIDIERO, 2007, p. 60).

Não se está querendo aqui a exclusão de outros direitos fundamentais tão importantes quanto o direito de ação, como o devido processo legal e seus consectários como o contraditório, ampla defesa, mas apenas o seu afastamento no caso concreto devendo ser analisado pelo juiz através de uma ponderação axiológica.

O magistrado deve agir com os olhos atentos à finalidade da norma, de forma teleológica, instrumental, garantir que o processo prossiga sem embaraços e de maneira eficaz e:

[...] a ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização (DINAMARCO, 2008, p. 152).

Essa forma de tutela é considerada como uma das formas de antecipação de tutela com base apenas na evidência, assim, segundo Athos Gusmão Carneiro (2004, p. 35-36):

O artigo 273, II, criou uma antecipação de tutela pura, desvinculada dos pressupostos da urgência e do dano e ligada tão-somente à idéia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico.

Além dessas situações de praxe, qualquer outro comportamento do réu que possa demonstrar ser ele litigante de má-fé, deverá configurar o abuso do direito de defesa, como por exemplo, alterar a verdade dos fatos, usar processo para alcançar objetivo ilegal, proceder de maneira temerária.

Por fim, deve ser ressaltado ainda mais uma modalidade de antecipação da tutela, que é a prevista no artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil e, de acordo com esse

parágrafo, a tutela poderá ser antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados se mostrarem incontroversos.

Dessa forma, se autor formula dois ou mais pedidos e um deles, no decurso do processo se mostrar incontroverso, não há razão plausível para que o autor suporte o ônus do tempo, fazendo-se assim, o mesmo raciocínio anterior.

Não é justo que o ônus do tempo recaia sobre o autor com relação a um pedido que se demonstre incontroverso no decorrer do processo, privando-o do bem da vida objetivado que tenha demonstrado documentalmente ter pleno direito. Assim, o legislador infraconstitucional, com base na doutrina processualista que enxerga o processo por um ângulo teleológico, entendeu por bem, inserir esse dispositivo no Código de Processo Civil, e nesses casos, entregar o bem buscado ao autor que teve o direito sobejamente comprovado.

Um exemplo é dado por Marinoni (2004, p. 208-209) - inclusive, foi com base em sua obra “Tutela antecipada, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença” que o legislador se inspirou para introduzir essa regra do § 6º no Código de Processo Civil -, que é o seguinte:

O autor cumula dois pedidos, postulando no primeiro que o réu seja inibido a não usar mais a sua marca comercial, e no segundo que ele seja condenado a pagar perdas e danos. O autor possui provas documentais do registro da marca em seu nome e de que o réu está utilizando-a em suas embalagens (tais provas estão anexas à petição inicial), mas necessita de prova pericial para demonstrar o seu direito às perdas e danos. Na audiência preliminar, por inexistir necessidade de outras provas em relação ao pedido que objetiva a inibição, esse estará maduro para o julgamento, abrindo oportunidade para uma decisão fundada em cognição exauriente, mas o pedido relativo à perdas e danos ainda exigirá mais tempo da “justiça”, obrigando à produção de provas pericial. Ora, a pergunta que naturalmente surge é seguinte: justo obrigar o autor a esperar o tempo para produção de prova pericial para poder obter a tutela que impeça o uso da sua marca comercial. A resposta não pode ser outra: *é evidente que não!* Mas se não couber a tutela antecipatória mediante o julgamento do pedido cumulado, e não houver perigo de ‘dano’ (que abre ensejo para tutela antecipatória do 273, I), o que fazer? A resposta também é simples: *nada!* Se ninguém duvida que é cabível tutela baseada na aparência do direito (271, I), é completamente equivocado supor que não cabe tutela do direito evidenciado. Alguém poderia dizer que a primeira exige ‘fundado receio de dano’, ao passo que a não concessão da segunda não ocasionará prejuízo algum. *Pensar assim é desconsiderar o direito a tempestividade da tutela jurisdicional e admitir que o procedimento*

pode estar estruturado em desatenção aos direitos fundamentais, o que certamente é um absurdo. Perceba-se que não há sentido em estimular o cidadão a cumular pedidos, em homenagem ao princípio da economia processual, e não possibilitar que o pedido cumulado, que pode se apresentar maduro para o julgamento antes do outro, possa ser definido imediatamente. Ou seja, não tem qualquer lógica pensar que o princípio da economia processual pode colocar em segundo plano o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Se ninguém ousaria dizer que o juiz, diante da evidência da parte do direito postulado, deve simplesmente cruzar os braços e assistir à produção de uma prova que somente tem a ver com outra parcela do direito, não há como não admitir a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado da parcela do pedido ou de um dos pedidos.

Dessa forma, de acordo ainda com o pensamento do autor, falar em antecipação de julgamento de parte incontroversa da demanda é pensar na tutela dos direitos evidentes ou naqueles que prescindem da necessidade de produção de provas no curso do processo.

5.3 Análise de outros importantes instrumentos de limitação da ampla defesa na busca da garantia da efetividade

A antecipação de tutela, inegavelmente, é o instrumento no qual podemos visualizar de forma mais clara essa limitação da ampla defesa, é a arma mais poderosa dada ao jurisdicionado que vai em busca do seu direito com a demonstração eficaz do seu pedido e preenchendo os requisitos pré-estabelecidos por lei.

O magistrado percebendo isso, de logo, lhe entrega o bem objetivado, através de uma cognição sumária e dependendo das circunstâncias [uma cirurgia, entrega de remédio, por exemplo] essa situação se torna imutável.

Mas há ainda outros instrumentos de limitação de ampla defesa para garantia da efetividade e contenção de demandas com intuito meramente protelatórias ou ainda se for questão apenas de direito conforme será analisado.

5.3.1 Aplicação do artigo 515 § 3º do Código Processo Civil como forma de limitação da ampla defesa

Outra forma de limitação da ampla defesa que foi introduzida no código de processo civil, foi o artigo 515, § 3º, que dá ao tribunal a possibilidade de julgar o mérito da causa se já estiver pronta para julgamento e se tratar apenas de questão de direito.

Ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, o juiz o fará por meio de sentença, na forma prevista do artigo 267 do Código de Processo Civil, segundo o artigo 162, § 2º.

Convém ressaltar que antes da modificação empreendida pela Lei nº. 10.352/2001, uma vez extinto o processo sem julgamento de mérito, a apelação deveria ater-se apenas a demonstrar a impropriedade de tal extinção, sendo que não podia adentrar no mérito da demanda que sequer foi analisada na sentença (DIDIER JR., 2007, p. 102).

Significa que o apelante ao deduzir suas razões recursais, não deveria, antes da vigência da Lei em comento, requerer que o tribunal apreciasse o mérito da demanda caso o juiz de 1º grau tivesse proferido sentença terminativa (DIDIER JR., 2007, p. 102).

Mesmo que o apelante inserisse no âmbito do efeito devolutivo do seu recurso a análise do mérito, não caberia ao tribunal apreciar as razões do mérito requeridas na apelação, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Mas antes mesmo do advento da Lei nº. 10.352/2001, quando o juiz proferisse uma sentença judicial reconhecendo a prescrição ou a decadência e o tribunal, no julgamento do recurso de apelação, desconsiderasse tal decisão, o Tribunal, já poderia prosseguir no julgamento para acolher ou rejeitar o pedido do autor. Insta salientar que, nesse caso, o juiz havia apreciado o mérito, exatamente porque o reconhecimento da prescrição ou da

decadência importa extinção do processo com resolução de mérito [artigo 269, IV, CPC]. Não haveria supressão de uma instância jurisdicional (PEREIRA, 2003, p. 54-56).

Esse entendimento relativo à prescrição e à decadência foi transportado, através da Lei nº. 10.352/2001 para o § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, para os casos de sentença terminativa.

Dessa forma, extinto o processo sem exame de mérito pela sentença proferida pelo juízo *a quo*, poderá o tribunal, ao dar provimento à apelação, adentrar no exame do mérito, desde que já estejam nos autos todos os elementos de prova suficientes ao exame do pedido formulado pelo autor em sua petição inicial ou se a causa versar matéria exclusivamente de mérito (DINAMARCO, 2002, p. 755).

No recurso de apelação, a profundidade de seu efeito devolutivo é ampla em virtude da regra contida nos §§ 1º e 2º do artigo 515 do Código de Processo Civil. Já com relação à extensão do seu efeito devolutivo, deve ser fixada pelo recorrente, nas razões do seu apelo, assim para que seja aplicada a regra do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo e desde logo aprecie o mérito da demanda, mas deve ficar consignado que há outra corrente doutrinária que entende ser desnecessário tal requerimento, podendo ser feito de ofício pelo tribunal (DIDIER JR., 2007, p. 102).

A primeira corrente alega ainda que, caso o apelante requeira, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, não poderá o tribunal, valendo-se do § 3º do artigo 515 do Código Processo Civil, adentrar no exame do mérito, sob pena de estar julgando *ultra petita*.

Esse entendimento da primeira corrente está calcado numa visão mais formalista do processo que, conforme analisado, é muito importante para que haja o respeito aos princípios do processo civil, como o do devido processo legal e seus consectários.

Já a segunda corrente entende que o Tribunal poderá fazer a análise de mérito de ofício se o processo estiver pronto para ser julgado, tem uma visão processual mais pragmática, dando ênfase à celeridade processual que, conforme alguns processualistas, é o princípio mais importante nos dias atuais, em razão da crise do judiciário e possibilidade de esvaziamento do qualquer outro direito fundamental em jogo na relação processual (MARINONI, 2004, p. 179).

Dessa forma, se um processo já está pronto para ser julgado e não há mais razão do seu retorno ao juízo *a quo* nada mais coerente do que o seguimento do entendimento dessa segunda corrente. Essa batalha dos processualistas para que alguns instrumentos que dessem efetividade à prestação de tutela jurisdicional fossem inseridos no texto legal durou muitos anos, por isso esse pensamento deve prevalecer, não havendo razão para retroceder.

Agora, se o processo estiver pronto para julgamento e houver requerimento do apelante para julgar o mérito, torna-se obrigatória a análise do mérito pelo tribunal, restando sem sentido a discussão acima. Nesse caso, o tribunal só deixará de apreciar o mérito se a questão não for exclusivamente de direito e a matéria ainda reclame de alguma providência ou prova a ser produzida no juízo singular.

Finalmente, insta salientar que o § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil só pode ser aplicado quando o fundamento da apelação for por *error in iudicando*. Se a apelação fundar-se em *error in procedendo*, o tribunal, se lhe der provimento, terá que anular a sentença e não substituí-la (MOREIRA, 2002, p. 428-429).

Essa modificação do artigo 515, com a inclusão do § 3º, ocorreu em razão da necessidade veemente de dar celeridade às prestações jurisdicionais, flexibilizando o formalismo processual e o legislador encontrou nesse aludido parágrafo mais uma válvula de escape no sentido de ser dada efetividade à justiça e finalizando uma demanda que retornaria sem nenhuma necessidade ao juízo *a quo*.

A crise do judiciário se agravou e muito, nos últimos anos, pelas mais variadas razões, assim, necessário que o legislador faça as mudanças necessárias no sentido de implementação de instrumentos para haver efetividade da prestação jurisdicional e esse § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, indubitavelmente, é um desses mecanismos criados pelo legislador na tentativa de desafogar o Poder Judiciário.

5.4 Julgamentos de causas repetitivas: Artigo 285-A do Código de Processo Civil

O legislador introduziu esse artigo no Código de Processo Civil, através da Lei nº. 11.277 de 2006, o qual pretendia tratar de mais uma forma de limitação da defesa de modo a garantir a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, dizendo que quando a matéria tratada for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferido sentença de total improcedência, em outros casos idênticos poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença reproduzindo o inteiro teor da anteriormente prolatada.

Fernando Gajardoni (2008, p. 168) alega que:

O legislador, atento à dimensão objetiva do art. 5º, LVXXVIII, da CF (princípio da tutela jurisdicional sem dilações indevidas), acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), criou pela Lei 11.277/2006 - que inseriu no bojo do CPC o art. 285-A - poderoso instrumento de contenção da demanda e de célere solução de controvérsias, permitindo ao juiz quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, a dispensa da citação, com a prolação da sentença, “reproduzindo o teor da anteriormente prolatada”.

Boa parte da doutrina entende que, diferentemente do artigo anteriormente analisado, que simplesmente dá ao relator a faculdade de adentrar e julgar o mérito, dando uma real efetividade à prestação da tutela jurisdicional, o artigo 285-A do Código de Processo Civil, conforme entendimento de muitos autores como Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda

Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina, é considerado inconstitucional e tecem críticas a tal instituto, dizendo que “é uma demonstração eloquente e lamentável de tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) pela via da negativa de fruição de garantias constitucionais” (MITIDIERO, 2007, p. 34-35).

Para esses autores esse artigo não participa da efetividade virtuosa que a constituição garante aos jurisdicionados, mas entende que tal instituto guarda uma maior relação justamente com a outra face da efetividade, identificada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que é a efetividade perniciososa, a qual se encontra em conflito com os direitos fundamentais encartados em nosso formalismo processual (MITIDIERO, 2007, p. 35).

Segundo Marinoni (2006, p. 336), o legislador, a pretexto de dar efetividade à prestação de tutela jurisdicional, acabou sufocando o caráter dialético do processo, aniquilando o princípio do contraditório, subtraindo das partes o poder de convencer o órgão jurisdicional acerca de seus direitos.

Além dessa inconstitucionalidade alegada pelo autor, analisando o mencionado artigo tece mais uma crítica que merece ser transcrita. Alega que foi desacertada a escolha do parâmetro autorizador de julgamento a improcedência liminar dessas causas repetitivas (MARINONI, 2006, p. 336).

Seria menos desastroso se o legislador tivesse aludido às súmulas dos Tribunais Superiores ou jurisprudências desses próprios Tribunais no lugar de sentença de primeiro grau, já que, lá, pelo menos, as decisões são proferidas por órgão colegiado, havendo no mínimo um diálogo mais aprofundado da questão (MARINONI, 2006, p. 336).

E se acontecer de várias decisões liminares foram proferidas com base no citado artigo, mas em conflito com a jurisprudência do Tribunal vinculado àquele órgão que proferiu as decisões. Como se resolveria esse problema? Seria um desserviço à prestação da tutela jurisdicional (MITIDIERO, 2007, p. 35).

Em razão desse posicionamento do autor, interessante a crítica de José Tesheiner e a resposta de Mitidiero que fortalece ainda mais sua posição acerca da inconstitucionalidade do artigo.

José Tesheiner entende que não há que se falar em inconstitucionalidade alguma a despeito do caráter dialógico do processo. Alega que o direito ao contraditório, é sem dúvida, muito importante, não pode ser eliminado, mas da mesma forma que no processo penal, só haverá a necessidade da ouvida do réu se for para ser condenado e não para absolvê-lo, já que da rejeição do pedido não há que se falar em invasão na esfera jurídica do réu (MITIDIERO, 2007, p. 36).

E termina dizendo que o novo instituto “favorece o demandante, porque o libera da condenação em honorários advocatícios; favorece o demandado, porque não o perturba; favorece o aparelho jurisdicional, porque reduz o número de processos em tramitação inútil”. Dessa forma não há que se falar de inconstitucionalidade desse dispositivo da mesma forma como não há que se falar de inconstitucionalidade no processo penal, “quando o juiz, sem ouvir o réu, rejeita a denúncia, porque o fato narrado não constitui crime ou está extinta a punibilidade (MITIDIERO, 2007, p. 36).

Em resposta a essa crítica, com base na teoria da multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório, mantém sua posição explicando ao crítico que o contraditório ferido no caso é do demandante e não do demandado.

Quando se fala em subjetivação dos direitos fundamentais, o que passa a importar são as diversas funções que eles podem exercer, ou seja, uma mesma norma de direitos fundamentais pode conter diversas funções (SARLET, 2007, p. 158).

A classificação de Ingo Wolfgang Sarlet *apud* Martins Neto (2003, p. 149), no mesmo sentido de Robert Alexy, destaca os direitos à proteção, à participação na organização e procedimento e a prestações em sentido estrito, e os coloca como um grupo, que são o grupo

dos direitos à prestação, ao lado do grupo do direito de defesa, deixando claro que o cidadão tem direito não apenas de exigir um não fazer do Estado, mas tem também o direito de exigir ações positivas do Estado.

Não podem ser enxergados apenas como direito de defesa, pois isso afronta a multifuncionalidade dos direitos fundamentais dos dias atuais, mas “à época do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa”, esses direitos eram vistos:

[...] apenas como o direito de o particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica, ou seja, como direito de defesa. Contudo, o que importa, aqui, são os chamados direitos a prestações, ligados às novas funções do Estado diante da sociedade. E justamente em relação aos direitos a prestações que existe alguma diferença entre as classificações (MARINONI, 2004, p. 175).

Sarlet (2007, p. 179) diz que, se os direitos fundamentais forem relativos aos direitos na organização e procedimento, o problema seria respeitante à possibilidade de exigir do Estado “a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento”.

Com base nessa teoria, conclui-se que o direito fundamental ao contraditório não significa apenas garantir a bilateralidade de instância ou apenas o direito da parte se manifestar, ou seja, só o contraditório formal, mas também conferir direitos tanto ao demandante quanto ao demandado de argumentarem na busca de influenciar o órgão julgador em sua decisão, que é o elemento substancial dessa garantia (MITIDIERO, 2007, p. 37).

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal garante a todos o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva quando afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (MARINONI, 2004, p. 179).

Assim, o contraditório não se resume de forma insignificante a um direito fundamental do demandado, mas também ao requerente. O autor arremata que entende que o

artigo 285-A do Código de Processo Civil está ferindo justamente o contraditório do demandante e não do demandado.

São louváveis as atitudes do Poder Legislativo na ânsia de resolver os problemas de morosidade do Poder Judiciário. Ocorre que, como observado anteriormente, tanto o legislador quanto o magistrado julgando o caso concreto, quando forem restringir um direito fundamental não pode ser ferido aquilo que é denominado de núcleo essencial, núcleo duro de um direito fundamental que, conforme entendimento dos ilustres autores ocorreu no caso em comento, já que não dá ao autor o mínimo de chance de demonstrar se o seu caso concreto é passível de tutela jurisdicional e por presunção aplica-se o teor de uma sentença já anteriormente proferida.

Na verdade, o artigo mencionado, ao invés de prestigiar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, apenas hipertrofiou o Poder Judiciário e deu ao juiz de primeiro grau poderes para editar verdadeiras súmulas vinculantes através de suas sentenças.

E se esse órgão prolator de determinada sentença estiver preocupado apenas com o acúmulo de serviço no lugar de oferecer uma verdadeira prestação jurisdicional?

Assim, o questionado artigo 285-A do Código de Processo Civil é inconstitucional, pois fere o contraditório no seu sentido substancial, pois deve ser dado às partes o poder de influenciar na decisão. No caso em comento fere o contraditório do autor, impossibilitando-o de demonstrar ao magistrado que aqueles argumentos trazidos na inicial, liminarmente rejeitada, não versam sobre a mesma matéria anteriormente proferida por outra sentença.

Autorizada doutrina vem se posicionando no sentido de que para a aplicação desse dispositivo, a matéria deve estar sendo reiteradamente decidida no sentido de total improcedência pelos Tribunais, notadamente os Tribunais Superiores. Se assim fosse, tal instrumento seria mais consentâneo com o sistema, mas acontece que o texto da lei deixa transparecer outra coisa, pois se ela quisesse condicionar a aplicação do dispositivo a decisões

de instâncias superiores, teria se utilizado das expressões que foram utilizadas em outros dispositivos do Código, como súmulas ou jurisprudência dominante.

Mas a redação do dispositivo supracitado foi enfática no sentido de que a reiteração das decisões deve ter ocorrido no mesmo juízo, eliminando, assim, qualquer explicação acerca de constitucionalidade do referido artigo.

5.5 Limitações da ampla defesa introduzidas com a Emenda 45/2004: A reforma do Poder Judiciário

O Poder Judiciário há um longo período vem passando por uma crise quanto à sua verdadeira legitimidade. Em razão da morosidade da justiça e da ineficácia dos provimentos judiciais, os jurisdicionados estavam e ainda se encontram vivendo uma verdadeira descrença com relação ao Poder Judiciário.

Na busca de mudanças, várias alterações foram realizadas na legislação processual civil, conforme já analisado. Pode-se citar as realizadas pelas leis nº. 9494/97 [que generalizou a antecipação de tutela], nº. 10.352/01 [reforma do sistema recursal], nº. 10.358/01 [alterou preceptivos do processo do conhecimento] e nº. 10.444/02 [que alterou substancialmente o processo de execução].

Percebeu-se, contudo, dada a disparidade existente entre a estrutura do Judiciário e os avanços sociais, a necessidade de ser realizada uma mudança mais abrupta, com a reforma não apenas da legislação infraconstitucional, mas do próprio texto constitucional. Tal tarefa foi realizada pelo Poder Constituinte Derivado que elaborou a emenda constitucional nº. 45/2004.

No dia 17/11/2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº. 45 e muitas novidades foram trazidas através dessa reforma, entre elas, em razão do problema da morosidade do

Poder Judiciário, duas importantes formas de efetividade na prestação da tutela jurisdicional foram introduzidas na nossa Constituição Federal, que são a súmula vinculante e a repercussão geral.

Tanto uma quanto a outra são instrumentos imprescindíveis a fim de evitar que matérias sem real relevância sejam discutidas eternamente e cheguem ao Supremo Tribunal Federal, ocupando espaço de outras matérias realmente relevantes.

A intenção da repercussão geral é fazer com que matérias que realmente transbordem os interesses do recorrente cheguem à Corte Suprema e também das súmulas vinculantes, bastando analisar o § 1º, do artigo 103-A da Constituição Federal para enxergar essa intenção do legislador. Esses dois instrumentos contribuem de forma efetiva na busca da duração razoável do processo e estabelecem segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 22).

No Brasil, tanto os Tribunais quanto os juízes não têm a cultura de observar os precedentes do Supremo, em razão da independência e dos demais poderes que lhes são iminentes.

Essa divergência de entendimento gerou um excessivo acúmulo de processos na Corte Maior. Os jurisdicionados que possuíam - isso perdura até os dias de hoje - condições financeiras de contratar bons advogados, não se conformavam e recorriam a essa Corte, assim essas decisões eram revistas e acatadas, já que o Supremo julga matéria de fato sim, pois uma vez que o processo chegou lá, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal se abre e rejulga tudo que chegou até ele, assim a única coisa de extraordinário do recurso extraordinário é fazer com que ele chegue ao Supremo.

De acordo com o pacto fundamental o correto seria que as decisões terminassem nos Tribunais inferiores, assim o que era para ser exceção virou regra, gerando mais insegurança jurídica e desigualdades, pois isso acontecia apenas para aqueles que tinham condições

financeiras, já que os que não tinham, eram obrigados a se conformar com as decisões, muitas vezes esdrúxulas, dos Tribunais.

Basta fazer uma pesquisa perfunctória para perceber que há um grande número de processos tratando sobre matérias já pacificadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas que foram decididas de forma contrária nos Tribunais e acabaram transitando em julgado, isso em verdadeira desconformidade com a jurisprudência dominante daquela Corte.

Essas foram às razões da introdução da súmula vinculante e da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro, tudo na busca de fazer com que o Supremo se torne uma verdadeira Corte Constitucional e que sejam respeitadas suas decisões, na busca da diminuição das desigualdades supracitadas e efetividade da prestação de tutela, que hoje, sem dúvida é o grande problema que o judiciário enfrenta.

5.5.1 Repercussão geral

Este instituto, seguindo a tendência de vários países desenvolvidos, visa dar ao Supremo Tribunal Federal o tratamento de uma verdadeira Corte Constitucional, mas também é uma das técnicas trazidas pela reforma do judiciário na tentativa de solucionar a chamada crise do judiciário.

A introdução do instituto da repercussão geral se amolda com os princípios constitucionais de acesso à justiça [artigo 5º, XXXV, CF] e a razoável duração do processo [artigo 5º, LXXVIII, CF] já que sua aplicação valerá como uma verdadeira filtragem constitucional, na busca de diminuir o volume de recursos extraordinários a serem analisados pelo Supremo Tribunal Federal, isso para se tentar implementar o princípio da efetividade, juntamente com as demais técnicas tratadas como a antecipação de tutela, artigo 285-A do Código de Processo Civil, artigo 515, § 3º do CPC e também a súmula vinculante, trazida

pela Emenda Constitucional 45 de 2004. A repercussão geral tem o condão de implementar “a função do STF como poderoso catalisador de sentimentos da sociedade” (DANTAS, 2008, p. 220).

Essa técnica de filtragem tem o intuito de fazer com que apenas os processos que tenham relevância e transcendência cheguem ao Supremo Tribunal Federal para serem analisados. Serão consideradas repercussões gerais as questões que transbordem o interesse do recorrente, devendo ser relevantes do ponto de vista político, econômico, social ou jurídico, mas não havendo a necessidade de, no caso concreto, ser importante sob todos esses ângulos, basta que reste demonstrada a relevância em apenas umas dessas perspectivas (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 34).

Presente o binômio (relevância e transcendência), estará caracterizada a repercussão geral. Como se pode observar trata-se de conceito jurídico indeterminado e que somente no caso concreto poderá ser feita sua análise (DIDIER JR., 2007, p. 268).

Para Daniel Mitidiero (2008, p. 34) não há discricionariedade no preenchimento desse conceito, sendo que “a dúvida inerente à caracterização desse halo de modo algum pode ser dissipada partindo-se tão-somente de determinado ponto de vista individual”.

Segundo Karl Engisch (1996, p. 210) esse halo conceitual é uma “região onde as dúvidas começam, pois sua concreção depende de elevada dose de juízo valoração”.

Esse fortíssimo instrumento que visa dar efetividade às prestações jurisdicionais, tem também a intenção de fazer com que o Supremo Tribunal Federal cumpra o seu verdadeiro papel e assim:

[...] entende-se, com razão, que, dessa forma, a Suprema Corte será reconduzida à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 374).

Com relação à transcendência e relevância, o legislador se valeu “na redação do dispositivo, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados”, podendo ser caracterizada em uma perspectiva qualitativa e quantitativa também. Numa perspectiva qualitativa é necessário para a individualização da transcendência o peso da questão que foi levada ao Supremo; já numa perspectiva quantitativa é necessário se aferir o número de pessoas que serão alcançadas por aquela decisão e a natureza do direito posto (MARINONI, 2008, p. 34).

Em consonância com o pensamento dos autores, há de reconhecer que a repercussão geral possui um conceito vago, deixando ao livre talante dos membros do Pleno do Supremo Tribunal Federal, e por mais que a lei discipline o instituto, “não deverá acabar, propriamente, por definir inteiramente, ou não, o que é repercussão geral, dado que, se o fizesse sem deixar espaço para o Supremo Tribunal Federal, certamente acabaria por engessar o sentido do Texto Constitucional” (ALVIM, 2005, p. 74).

Por mais que os autores tentem dar ao instituto uma interpretação em algum determinado sentido, a verdade é que, se o Supremo entender que determinada questão possui repercussão geral ou não, a discussão se encerra, não cabendo nenhum tipo de recurso, conforme será visto mais a frente. Dessa forma, como negar que não há discricionariedade no preenchimento desse halo conceitual.

5.5.2 Presunção legal de repercussão geral

A Lei estabeleceu um critério objetivo de repercussão geral, havendo presunção absoluta quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal [art. 543-A, § 3º, CPC], isso para prestigiar o princípio da força normativa da constituição.

Segundo esse princípio, no momento de interpretação das normas constitucionais, deve-se lhes atribuir o sentido que confira maior efetividade, tornando-as eficazes e permanentes (HESSE, 1998, p. 54).

Dessa forma, afora os casos objetivados pela lei, a Suprema Corte só poderá dizer se determinada causa possui repercussão geral no caso concreto, devendo analisar a relevância e a transcendência da questão constitucional.

O artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, prescreve que o recorrente tem o ônus de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Supremo examine a admissão do recurso, podendo recusá-lo apenas com a manifestação de no mínimo dois terço de seus membros [artigo 102, § 3º da CF], assim, resta claro que o Tribunal *a quo* não poderá negar trânsito ao recurso extraordinário sob alegação de falta de repercussão geral.

À luz do mandamento constitucional que exige que a aferição do instituto seja realizada exclusivamente pelo STF, parece-nos que doravante o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* estará diante de limite material à sua cognição. Com efeito, o RE poderá ser inadmitido na origem por ausência de qualquer requisito de admissibilidade, excetuada a repercussão geral das questões discutidas, cujo exame privativo é do STF (DANTAS, 2008, p. 218).

Essa atribuição à Corte Suprema da análise da repercussão geral se justifica totalmente na medida em que:

Dada a função política exercida por essa Corte no sistema brasileiro, e considerando o seu mister primordial de guardar a Constituição, deve ser sua a atribuição de definir quais questões são capazes de efetivamente abalar a integridade do texto constitucional (DANTAS, 2008, p. 218).

Configurada a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal encontra-se obrigado a reconhecê-la admitindo o recurso e apreciar seu mérito, não restando espaço para discricionariedade.

Apesar de os recursos extraordinários serem julgados por uma das duas turmas do Supremo Tribunal Federal, a análise desse requisito - repercussão geral - caberá sempre ou quase sempre ao Pleno do Tribunal, já que haverá uma presunção em favor da existência de repercussão geral, podendo a própria turma julgadora reconhecê-la quando a votação for de no mínimo quatro votos favoráveis [cada turma é composta de cinco ministros].

No Supremo Tribunal Federal há apenas onze [11] ministros e é necessário que oito [8] votem contra para que seja negada a repercussão geral, portanto se quatro ministros de uma das turmas julgadoras votarem a favor não haverá necessidade de remeter essa discussão ao Pleno, sobrecarregando-o desnecessariamente, já que o quórum de dois terços [8] não será atingido de forma alguma.

A exigência da expressiva maioria para que não seja admitida a repercussão geral tem o escopo de evitar o monopólio da decisão nas mãos do relator sobre um tema de importância significativa. Mas como a intenção desse instrumento é dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional na busca de resolver a crise do judiciário, seria muito mais dinâmico que fosse reconhecido a possibilidade de inadmissão do recurso por ausência de repercussão geral à maioria absoluta dos integrantes das próprias turmas da Corte Suprema.

5.5.3 Momento para demonstração e apreciação da repercussão geral: Flexibilização da forma como garantia à efetividade

A repercussão geral deverá ser demonstrada em preliminar e em tópico separado pela parte quando da interposição do recurso extraordinário, que além de fundamentar seu recurso em uma das hipóteses do artigo 102, III, da Constituição Federal, terá que demonstrar o preenchimento desse novo requisito necessário para sua admissibilidade. “É um pressuposto intrínseco de admissibilidade de recurso” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 33).

Quanto ao momento a ser observado, a Lei nº. 11.418 de 2006 não estabeleceu esse momento correto para que seja feita a apreciação, assim, há muitas divergências na doutrina.

Segundo Arruda Alvim (2005, p. 64):

O exame da repercussão geral deverá ser prévio à *admissibilidade, propriamente dita*, ou à admissibilidade em sentido técnico, como assunto preliminar, já quando e dentro do âmbito do julgamento do recurso. A presença da repercussão geral, *em certo sentido*, é também submetida a um exame (não é ato de julgamento, por isso que a deliberação não tem caráter jurisdicional); este exame não deixa de ser uma forma de admissibilidade, mas previamente à possibilidade de julgamento e apenas em função do reconhecimento pelo tribunal, por meio de pronunciamento de caráter político, da presença da repercussão geral que se encontra na questão constitucional objeto do recurso, *'admitindo' o recurso*; de resto, o próprio texto refere-se a que o tribunal procederá à *'admissão do recurso'*, usando do verbo *admitir*. Mas essa deliberação preliminar é inconfundível com a admissibilidade propriamente dita (com a verificação do cabimento/enquadramento do recurso nas hipóteses do art. 102 da CF e legislação ordinária), a qual é juízo preambular já dentro do procedimento do julgamento do recurso.

Cruz e Tucci (2007, p. 159) entende que a análise da repercussão geral deve ser posterior aos demais pressupostos de admissibilidade recursais, e se positivo esse juízo de admissibilidade é que a questão da repercussão geral será levada para apreciação da respectiva turma.

Bruno Dantas (2008, p. 229) apregoa que:

É absolutamente irrelevante o fato de o recorrente argumentar de modo não convincente, em matéria que efetivamente tem repercussão geral, ou de o recorrido não oferecer contra-razões em matéria desprovida de repercussão geral. No primeiro caso, desde que cumprida a formalidade legal da [tentativa de] demonstração da repercussão geral, o STF deverá ter esse pressuposto como presente.

Para outra parte da doutrina, mesmo a “eventual inobservância dessa imposição” pelo requerente desse requisito não teria o condão, por si só, de levar ao não conhecimento do recurso, pois seria mera formalidade, e se a parte de forma alheia à técnica conseguisse demonstrar a repercussão geral, mesmo que não seja de forma preliminar e em tópico próprio, o tribunal deverá reconhecê-la (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 43).

Esse último posicionamento se coaduna com uma visão teleológica do processo, com sua instrumentalidade, que diz que o importante é o fim e não a forma, sob pena de direitos fundamentais que realmente tenham relevância e transcendência não serem reconhecidos como tais.

Conforme prescreve o Código de Processo Civil a competência para análise de repercussão geral é exclusiva do Supremo Tribunal Federal e para haver a recusa de tal requisito a mesma deve ser feita por no mínimo dois terços dos membros, devendo essa regra ser obedecida e caso haja descumprimento será passível de reclamação ao Supremo.

5.5.4 Vinculação horizontal e vertical da rejeição de repercussão geral pelo Supremo e a irrecorribilidade das decisões

O artigo 543-A, § 5º do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº. 11.418/06, na busca da objetivação do recurso extraordinário, estabeleceu que, se fosse negada a repercussão geral em determinado recurso, essa decisão valeria para todos os recursos que versarem sobre matéria idêntica, que serão negados liminarmente, a menos que haja revisão da súmula.

Realmente, não faria sentido que o plenário do STF precisasse se reunir para analisar a presença ou ausência de pressuposto de repercussão geral todas as vezes que um RE chegasse à Corte. Além do contra-senso do ponto de vista pragmático, pois frustraria a esperada redução do número de recursos, interpretação assim reduziria a natureza paradigmática das decisões do STF (DANTAS, 2008, p. 229).

Todavia, deve haver um cuidado muito grande no momento da aplicação desse dispositivo, pois não basta a mera semelhança entre os casos a serem julgados, mas sim a identidade de tese jurídica em discussão (DANTAS, 2008, p. 229).

Essas decisões vinculam tanto horizontal como verticalmente, tal como na *stare decises* do direito estadunidense e, essa:

[...] idéia de que os próprios Tribunais deveriam respeitar os seus próprios precedentes faz parte da doutrina desde a sua origem. O respeito dos precedentes internamente aos Tribunais é conhecido como *stare decises* em sentido horizontal. “A *stare decises* em sentido horizontal corresponderia à nossa coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional, já que impede a rediscussão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal”. Já a *stare decises* no sentido vertical, esta sim, sem dúvida, é idêntica ao efeito vinculante que emana das decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 23).

Nesse caso específico, quando já houver decisão sobre aquele assunto, a análise sobre a repercussão geral poderá ser feita pelo próprio relator ou pelo presidente do Tribunal liminarmente [artigo 557 do CPC], mas a regra é que seja feita pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Convém destacar ainda que conforme preceitua o artigo 543-A, *caput*, do Código Processo Civil, a decisão que não conhece recurso extraordinário por entender que o mesmo não possui repercussão geral é irrecorrível.

Não obstante a sua irrecorribilidade há de se ressaltar que os embargos de declaração são passíveis de interposição, pois:

[...] esse recurso, de raízes constitucionais, está relacionado ao direito das partes de obter a tutela jurisdicional materializada em provimentos claros, coerentes e completos, e tem como finalidade precípua escoimar os pronunciamentos judiciais de vícios de obscuridade, contradição ou omissão, que eventualmente lhe impinjam mácula, de modo a revelar a decisão que deveria ter sido profunda (DANTAS, 2008, p. 304).

Daniel Mitidiero (2008, p. 43) diz ainda que o recebimento do recurso extraordinário com alegação pelo Tribunal de falta de repercussão geral de forma equivocada há de ser desafiado por mandado de segurança, contra atos de seus ministros.

5.5.5 *Amicus curiae* na repercussão geral

O artigo 543-A, § 6º permite, no exame da repercussão geral, que o relator admita a intervenção do *amicus curiae* no julgamento. Esse dispositivo é de suma importância, de modo que todos os interessados possam se manifestar na solução da questão.

O que enseja a intervenção desse terceiro em processo alheio é a circunstância de ser ele, de acordo com o direito material, um legítimo portador de interesse institucional, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual. Um tal interesse institucional autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida pelo magistrado leve adequada e suficientemente em consideração as informações disponíveis sobre os impactos e contornos do que lhe foi apresentado para a discussão. Nesse sentido, não há como negar ao *amicus curiae* uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdicional, quando portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou, se o fossem, seriam de maneira insuficiente pelo juiz (BUENO, 2006, p. 142).

Conforme argumentado por Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 142), a intervenção do *amicus curiae* se justifica em razão do interesse público que suscita da questão posta em juízo.

O legislador com a intenção de pluralizar o debate inseriu a possibilidade de *amicus curiae* para aferição de relevância e transcendência, “a fim de que concretize o ideal de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição” (MITIDIERO, 2008, p. 41).

Conforme alinhavado no decorrer do trabalho, a nova epistemologia processual diz que o processo deve ser o mais dialógico possível, só que esse conceito foi tecido para ser aplicado entre as partes do processo.

Como essa dialogicidade é entendida como um direito fundamental por essa doutrina, assim, há de se fazer uma interpretação conforme para que tal princípio seja aplicado também ao instituto da repercussão geral.

Assim, ante a grandeza de tal dispositivo, pode-se entender que a introdução do *amicus curiae*, nesse local, é nada mais do que a adequação no sentido de que o processo deve ser o mais dialógico possível, ao instituto da repercussão geral.

Já que haverá a repercussão desse julgamento para uma enorme gama de jurisdicionados, nada mais justo do que essa abertura que o sistema deu a um número maior de interessados na intervenção do julgado.

Peter Häberle em seu livro *Hermenêutica Constitucional* (2002, p. 15), traduzido por Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

[...] todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.

Da mesma forma que na ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, a decisão do relator sobre a participação do *amicus curiae* é irrecorrível.

5.5.6 Repercussão geral por amostragem

Outra novidade trazida pela Lei nº. 11.418 de 2006, no artigo 543-B é referente à análise de repercussão por amostragem, pois quando houver multiplicidade de recursos com fundamentos idênticos, caberá ao tribunal de origem selecionar um ou alguns recursos representativos da controvérsia e enviá-los ao Supremo Tribunal Federal [artigo 543-B, § 1º do CPC] e todos os demais recursos restaram sobrestados até o julgamento definitivo dos demais que subiram.

Segundo se depreende, foram estabelecidas pelo legislador as linhas mestras de um procedimento diferenciado para a subida de recursos extraordinários que tenham como fundamento idêntica controvérsia, desde que, pelo número de recursos interpostos, seja possível afirmar que há multiplicidade de demandas (DANTAS, 2008, p. 316).

A escolha do recurso para ser enviado ao Supremo Tribunal Federal também há de ser a mais dialógica possível, a fim de que ele possa representar adequadamente a controvérsia apresentada, sendo apropriado que os tribunais ouçam entidades de classe antes da escolha. Não existe uma liberdade do Presidente do Tribunal *a quo* para que escolha o critério ao seu talante (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 97).

Considerada a teleologia que informa esse procedimento, o intérprete dificilmente poderá se valer de critérios que não se relacionem com o municiamento do STF com melhores argumentos possíveis, para que sua decisão espelhe uma tomada de decisão a partir dos melhores argumentos aviados para demonstrar que repercussão geral há (DANTAS, 2007, p. 321).

E o § 2º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, estabelece que se for negada a repercussão geral a esses recursos que subiram por amostragem, todos os demais que restaram sobrestados considerar-se-ão julgados sem repercussão geral também (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 97).

O Tribunal de origem deverá noticiar nos autos de cada um dos recursos sobrestados o julgamento do Supremo Tribunal Federal e dizer que não foram admitidos e que não possuem repercussão geral. Os Tribunais estão vinculados verticalmente às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Se a repercussão geral for reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos que subiram por amostragem, os que permaneceram no Tribunal, sobrestados, poderão ser apreciados pelo próprio Tribunal de origem.

Haverá uma vinculação persuasiva dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, pois os Tribunais, nesses casos, poderão retratar-se de suas decisões, adequando-as às do

Supremo Tribunal Federal, podendo também declará-los prejudicados, já que interpostos em sentido oposto ao do entendimento do Supremo (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 64).

O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, segue a mesma linha dos países desenvolvidos que respeitam as decisões da Corte Constitucional, como por exemplo, as decisões da Corte Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), onde suas decisões vinculam os Tribunais inferiores (MITIDIERO, 2007, p. 27).

Esse fenômeno enriquece o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (MITIDIERO, 2007, p. 27).

A discussão acerca dos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal deu ensejo a várias discussões sobre o assunto, sendo que os Tribunais e muitos juízes alegaram que fora retirada a independência da magistratura.

Importante a manifestação do Ministro Moreira Alves sobre o assunto:

Mesmo nos países em que só se admite o controle concentrado de constitucionalidade exercido por Corte Constitucional, nunca se sustentou que, com ele, se retirou a independência da magistratura. Essa crítica - que não decorreria da criação da ação declaratória de constitucionalidade, mas que poderia ser feita quanto à ação direta de inconstitucionalidade - é tanto mais improcedente quanto é certo que, no Brasil, o órgão que exercita esse controle concentrado, em face da Constituição Federal, é por força dela mesmo, o Supremo Tribunal Federal, que não apenas integra o Poder judiciário, mas se encontra no ápice de sua hierarquia (STF, Pleno, ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.1994, v.u., DJU 16.06.1995, p. 18.213).

Já o Ministro Francisco Rezek asseverou o seguinte:

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia das decisões de cortes superiores. Houve uma época - membros mais antigos desse Tribunal o recordam - em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado. O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal

respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferente, deva-se a prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou Tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por essa casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do Tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso [...] Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do País? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere? (STF, Pleno, ADC, rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.1994, v.u., DJU 16.06.1995, p. 18.213).

5.6 Súmula vinculante

5.6.1 Edição de súmulas, alcance e natureza jurídica

Nos moldes do caput do artigo 103-A, da Constituição Federal, devem ser observados dois requisitos essenciais para a edição de uma súmula vinculante, quais sejam: a) reiteradas decisões sobre a matéria constitucional; e b) aprovação por dois terços, no mínimo, dos membros da Corte, sendo que podem agir de ofício ou por provocação.

Com espeque no § 2º do artigo 103-A, o rol de legitimados para pedir a edição de súmula são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Um ponto interessante a ser analisado é relativo ao alcance das edições dessas súmulas, já que, conforme visto, alcançam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também

a Administração Pública em todas suas esferas, caracterizando, dessa forma, um dos mais importantes instrumentos tendentes a realizar de forma efetiva a força normativa da constituição e também, como principal meta, dar efetividade às prestações da tutela jurisdicional, pois se tal instrumento for observado da forma que fora proposto, milhares de ações que entopem as vias jurisdicionais serão evitadas (TAVARES, 2007, p. 38).

Em razão da extensão desse alcance, alguns “oposicionistas da adoção da súmula vinculante” chegam a dizer que o princípio da separação dos poderes estaria em risco e se o Poder Legislativo não é obrigado a seguir o entendimento do Supremo, pelas mesmas razões a administração também não se obrigaria (SORMANI; SANTANDER, 2008, p. 87).

Luiz Flávio Gomes *apud* Sormani e Santander (2008, p. 87) assevera que as súmulas vinculantes conflitam com o princípio da separação dos poderes, “visto que o judiciário não pode ditar regras gerais e abstratas, com validade universal” pois que lhe “falta legitimação democrática para isso”.

Mas essa preocupação do direito brasileiro em adotar precedentes vinculativos não demonstra a intenção de romper com a corrente da *civil Law*, abandonando a separação dos Poderes, mesmo porque isso é uma cláusula pétrea, fazendo parte do núcleo essencial intangível da Constituição Federal, inserto no artigo 60, § 4º, III.

O legislativo não pode se submeter a essa decisão para evitar o fenômeno da fossilização da Constituição e com relação à vinculação extensível à administração, representa uma economia processual, já que suas decisões se submetem, no mais das vezes, ao crivo do Poder Judiciário.

Se houver desrespeito à súmula vinculante, nos termos do § 3º do artigo 102-A da Constituição Federal, será passível de reclamação para essa mesma Corte, onde deverá ser proferida outra decisão ou anulado o ato administrativo, portanto:

[...] como a súmula vinculante é de observância obrigatória também para a Administração Pública, a EC 45/2004 prevê o cabimento de reclamação não

apenas contra decisão judicial, mas também contra o próprio ato administrativo que a contrariar ou mal aplicá-la. Não se exige, portanto, que o ato administrativo tenha caráter decisório, o que significa que a reclamação poderá ser interposta contra qualquer ato administrativo, como, por exemplo, uma cláusula de contrato administrativo que esteja em desacordo com súmula vinculante. Nesse caso, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, a decisão do Supremo Tribunal Federal, na reclamação, será apenas de anulação do ato administrativo, ficando a critério da administração praticar outro, em conformidade com a súmula (SIFUENTES, 2005, p. 263).

Outra parte dos questionamentos relativos às súmulas vinculantes é no sentido de se saber: qual a função [e quais os limites, portanto] do Poder Judiciário? Muitos entendem que haverá cerceamento da independência da magistratura, conforme já discutido no tema sobre repercussão geral (TAVARES, 2007, p. 114).

De acordo com André Ramos Tavares (2007, p. 114), há um risco sim:

[...] mas igualmente não há como deixar de assumi-los, na busca de um sistema que se baseie menos na sorte (loteria de pensamentos jurídicos-judiciais divergentes em relação a temas largamente debatidos) e mais na previsibilidade, própria da finalidade que se atribui *ao* e que justifica o direito.

Quanto à natureza jurídica as súmulas não são regras, tampouco princípios, são apenas construções feitas a partir de jurisprudências do Tribunal, formadas através de interpretações das normas - princípios e regras.

O Tribunal, depois de reiterados julgamentos de casos concretos com observância às normas, consolida seu entendimento sobre determinada matéria, não havendo que se falar de usurpação de atividade criadora dos magistrados, tolhendo-os, ou ainda, na usurpação de competência legislativa.

Vitor Nunes Leal (1999, p. 291), no sentido de que súmula não é norma geral, mas resultado de atividade interpretativa do Tribunal, assevera que:

Cuidando ainda da Súmula como método de trabalho – aspecto em relação ao qual seria até indiferente o conteúdo dos seus enunciados-, é oportuno mencionar que estes não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal.

Paixão Côrtes (2008, p. 198) diz que as súmulas são, na verdade, a fixação de determinado sentido dado à norma. O simples fato de atribuir efeito vinculante a ela não pode alterar sua natureza de decisão jurisdicional que foi consolidada a partir de reiterados julgamentos num mesmo sentido.

É uma síntese de orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal a respeito de matéria constitucional que, a despeito de sua força vinculativa e de seu caráter interpretativo, não deixa de ser subordinado à lei, da qual ela é mera tradução enunciativa (SORMANI; SANTANDER, 2008, p. 120).

5.6.2 Funções da súmula vinculante

A súmula vinculante tem três funções principais, quais sejam: a) tornar conhecida as jurisprudências consolidadas do Supremo Tribunal Federal; b) economia processual e celeridade; c) segurança jurídica (CÔRTEZ, 2008, p. 200).

Não tem necessidade de um Tribunal ter que reapreciar uma questão através de recurso, se a mesma já foi amplamente debatida e consolidado o entendimento sobre aquele assunto pela Corte Suprema através de súmula vinculante (SORMANI; SANTANDER, 2008, p. 144).

Indubitavelmente a súmula vinculante tem a função de dar efetividade às prestações das tutelas jurisdicionais, encurtando o caminho de uma decisão que poderia levar anos para ser proferida em razão das possibilidades recursais que são postas à disposição dos jurisdicionados. Todos esses instrumentos para dar celeridade à prestação da tutela jurisdicional, inclusive a Súmula Vinculante, com base no movimento neoprocessualista que enxerga o processo pelo ângulo instrumentalista, devem se amoldar/adequar aos direitos fundamentais, dando a efetividade esperada pelo mandamento constitucional, nada mais são

do que a implementação daquilo que o legislador inseriu no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (MITIDIERO, 2007, p. 90).

São instrumentos que limitam a ampla defesa, pois impedem uma reapreciação pelo órgão *ad quem*, mas que, se forem analisados por uma ótica teleológica, muitos deles são benéficos de uma maneira geral, podendo desfavorecer pontualmente num ou noutro caso, mas a razoabilidade impõe que sejam observados, sob pena de continuar tudo como está, reinando a desigualdade, pois quem tem melhores condições financeiras consegue fazer com que processos se arrastem por anos e anos nos Tribunais, em prejuízo dos menos favorecidos.

Não que esses instrumentos irão mudar radicalmente toda essa situação, mas pelo menos agora há esperança de mudanças. É importante que haja respeito às decisões do Supremo para que haja uma harmonia no sistema.

O processo é “algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que os envolvem, com decisões justas”, e a sonhada justiça vêm sendo robustecida com esses mecanismos de padronização das decisões, implicando minimamente na limitação de cognição exauriente do magistrado e por via de consequência, na limitação de ampla defesa do jurisdicionado (DINAMARCO, 2008, p. 359).

Há de ser lembrar que, para instituição de qualquer tipo de instrumento cuja intenção é dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional, há de se observar o princípio da proporcionalidade, pois, indubitavelmente, serão impostas limitações à ampla defesa dos jurisdicionados, devendo prevalecer o interesse coletivo, que é a busca da igualdade, de celeridade, da duração razoável do processo, e porque não do acesso à justiça, que “mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial” (DINAMNARCO, 2008, p. 359).

A última função da súmula vinculante é dar segurança ao sistema jurídico e as relações sociais, já que o artigo 103-A, § 1º da Constituição Federal, com uma clareza solar, deixa óbvia a intenção ao prever que a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas sobre as quais haja controvérsia atual acarretando “grave insegurança jurídica” (CÔRTEZ, 2008, p. 203).

A súmula vinculante tem a função fundamental de assegurar de outra forma a segurança jurídica, além da celeridade e da economia processual.

Depois de vários julgamentos no mesmo sentido, se a norma geral for interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e for dada uma decisão que acabe refletindo na posição dominante da Corte, ou seja, dois terços, ela será vinculativa, obrigando a todos aqueles constantes do artigo 103-A da Constituição Federal, e isso é para que não haja divergência do posicionamento consolidado da Corte Suprema, causando insegurança jurídica.

5.6.3 Revisão e cancelamento de súmula

Se ocorrer modificação ou revogação na lei em que se fundou a edição de súmula vinculante, haverá revisão ou cancelamento da mesma, pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, sempre respeitando o rol de legitimados que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Os Municípios são legitimados incidentais, pois estes só poderão propor a edição, revisão ou cancelamento de forma incidental ao curso do processo que sejam partes, pois conforme relatório nº. 1/2006 da Comissão Mista Especial para Reforma do Judiciário, há necessidade desse tratamento diferenciado sob pena de inviabilização dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, já que são mais de cinco mil municípios no Brasil, sendo impossível abrir a possibilidade de medidas autônomas para esses entes.

“É fundamental que não sejam editadas súmulas e, em seguida, sejam editados atos que as revise ou cancele”, sob pena de afronta à segurança jurídica, pois uma das intenções desse instrumento é dar harmonia ao sistema, dando previsibilidade às decisões judiciais (CÔRTEZ, 2008, p. 206).

Não é por acaso que o caput do artigo 103-A da Constituição Federal inseriu em seu texto que as súmulas vinculantes poderão ser aprovadas após reiteradas decisões sobre determinada matéria, pois a edição de uma súmula somente deverá ocorrer quando o Tribunal tiver firmado jurisprudência sobre determinado assunto, sem risco de mudança em curto espaço de tempo (SORMANI; SANTANDER, 2008, p. 163).

A revisão das súmulas somente deverá ocorrer quando houver necessidade frente às mudanças sociais e diante das novas argumentações acerca de novas percepções sobre a mesma problemática. O sistema jurídico deve viver em harmonia com a sociedade (TRINDADE, 2007, p. 93).

Dessa forma, mesmo que as leis sejam as mesmas de outra época, elas devem ser valoradas de acordo com o momento histórico em que determinada sociedade se encontra (TRINDADE, 2007, p. 93).

Conforme já transcrito ao presente trabalho, Luhmann *apud* Trindade (2007, p. 93) explica que cabe ao Poder Legislativo fazer essa homeostase entre o sistema jurídico e o sistema social, e dessa forma, numa analogia que não pode deixar de ser feita, pois não há como negar que parcela de Poder Legislativo foi dado ao Judiciário com a edição dessas súmulas vinculantes, nada mais correto que ele faça às vezes do Poder Legislativo, fazendo essa homeostase entre os sistemas e assim verificando o melhor momento para fazer uma alteração ou cancelamento de determinada súmula vinculante.

Robert Alexy (2008, p. 555), discorrendo sobre a regra da carga da argumentação quanto aos precedentes, apregoa:

É possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser apenas seguir o princípio da universalidade seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão da correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso. A satisfação da carga da prova somente pode ser constatada pelos participantes, reais ou imaginários, do discurso.

Quando os casos são suficientemente iguais, segundo Alexy (2008, p. 556), as regras de decisão dessa espécie são reiteradamente aplicadas, em razão do princípio da universalizabilidade, princípio segundo o qual é possível retirar de toda decisão do Tribunal Constitucional Federal uma regra de decisão mais ou menos concreta relativa ao caso decidido. Se fossem reunidas todas as regras de decisão do Tribunal Constitucional haveria uma rede de normas densa e excessivamente abrangente, podendo alguém alegar que haveria um excesso de vinculação a esse sistema.

Conforme os ensinamentos do autor (2008, p. 558), essa crítica pode ser refutada. “Em primeiro lugar é necessário fazer referência à possibilidade de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*)”: uma rede de regras por mais abrangentes que possa ser, existe sempre a possibilidade de que novos casos com diferentes e novas características apareçam servindo de razão para uma mudança de paradigma, podendo uma regra de decisão ser abandonada se razões forem demonstradas suficientemente para que isso ocorra.

E ainda ressalta que, por trás do sistema de regras de decisão, os princípios mantêm sua vigência. Nos casos em que os princípios não exijam uma decisão diferenciada daquelas do sistema de regra de decisão, não haverá necessidade de uma ponderação de princípios, mas isso não significa sua exclusão total, pois sempre que dúvidas surgirem imperioso se torna a

análise dos princípios, podendo desenvolver a força superadora e modificadora das regras de decisões e “isso faz com que fique claro que o fortalecimento racionalmente justificável da argumentação por meio da força vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal não significa um empedernimento” (ALEXY, 2008, p. 558).

É essencial que o Supremo Tribunal Federal esteja sempre disposto a analisar a súmula no sentido de modificá-la ou alterá-la, pois caso contrário o papel dado ao Poder Judiciário [Supremo Tribunal Federal] estaria sendo ferido, já que, conforme colocado, ele tem a função de fazer o equilíbrio entre os sistemas, devendo o sistema jurídico acompanhar o social sob pena do empedernimento definitivo de determinado entendimento.

5.7 Análise de julgados

Nesse ponto serão analisados julgados com intuito de demonstrar a necessidade da limitação da ampla defesa frente ao caso concreto, sob pena da manutenção das formalidades obtusas, do recrudescimento de abusos e desvio do foco final, que é a prestação eficaz e adequada da prestação jurisdicional diante das situações fáticas existentes levadas ao órgão julgador.

5.7.1 Análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça demonstrando a limitação da ampla defesa na antecipação de tutela

Esse julgado é referente ao agravo regimental na medida cautelar n.º. 14.602² do Estado do Rio Grande do Sul, originado por uma ação civil pública com pedido de antecipação de tutela e sua conseqüente concessão, interposta em face do Estado do Rio Grande do Sul, para que fornecesse medicamentos necessários à menor B.O.V.S., portadora de anemia diseritropoiética tipo 1, sendo tal pedido antecipado cassado pelo tribunal de origem no agravo instrumento proposto pela requerida e concedido novamente pelo Superior Tribunal de Justiça.

A Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, no pedido de antecipação de tutela, restabeleceu a obrigação do Estado do Rio Grande do Sul de fornecer

² **AgRg na MEDIDA CAUTELAR N.º. 14.602 - RS (2008/0175564-1)**

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

AGRAVANTE: UNIÃO

PROCURADOR: LIVIA MARIA VASCONCELOS DE MIRANDA E OUTRO(S)

AGRAVADO: BARBARA OLIVEIRA VIEIRA SARAIVA

REPR. POR: VANUSA OLIVEIRA VIEIRA

ADVOGADO: WILZA CARLA FOLCHINI BARREIROS - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

INTERES.: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES.: MUNICÍPIO DE PELOTAS

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO COLEGIADA – DESCABIMENTO.

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão da Segunda Turma que, ao referendar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela por mim concedida às fl. 103/104, suspendeu os efeitos do acórdão proferido pelo TJ/RS e determinou que os requeridos fossem condenados a fornecer os medicamentos pleiteados pela autora. Inconformada, a UNIÃO defende a reforma do *decisum*, argumentando, em suma, que o STJ não detém competência para conceder efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido. Aduz, ainda, que não restou demonstrado o *fumus boni iuris*.

DECIDO:

O presente recurso não merece prosperar, já que foi interposto contra decisão da Segunda Turma do STJ que referendou a antecipação dos efeitos da tutela por mim concedida. Não há previsão legal ou regimental do cabimento de agravo contra decisão de órgão colegiado desta Corte. Nos termos do art. 258 do RISTJ, somente é cabível o agravo regimental de decisões monocráticas do Ministro Presidente da Corte, de seção, de turma ou de relator. Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR – PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO QUE CONFERIU EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL, PARA OBSTAR A PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - DECISÃO REFERENDA PELA SEGUNDA TURMA - AGRAVO REGIMENTAL NÃO-CONHECIDO.

os medicamentos à menor B.O.V.S., portadora de grave tipo de anemia, no prazo máximo de cinco dias.

A menor, representada por sua genitora, ajuizou uma ação civil pública com pedido de antecipação de tutela para obrigar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer-lhe medicamentos - deferassiroux ou exjade - necessários e suficientes ao seu tipo de anemia.

A antecipação de tutela foi deferida e, assim, a requerida interpôs um agravo de instrumento objetivando a suspensão do fornecimento do medicamento, que fora acatado pelo Tribunal de Justiça do Estado, cassando a decisão da primeira instância.

No Superior Tribunal de Justiça foi argumentado que o passar do tempo, em razão do estado precário de saúde da menor, atentaria contra a sua própria existência, ainda mais agravado por não receber do Estado o medicamento necessário à manutenção de sua saúde, tudo isso demonstrado no laudo médico juntado aos autos.

Assim, pede a concessão da antecipação da tutela com efeito suspensivo ao recurso especial interposto para que seja restabelecida a obrigação do Estado de fornecer o medicamento em questão, até o julgamento do mérito da medida cautelar pela Segunda Turma.

A Ministra Relatora, Eliana Calmon, deferiu a antecipação de tutela e ainda destacou que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda se encontre pendente de admissibilidade, em situações extremamente excepcionais, quando o recurso visa atacar decisões teratológicas ou manifestamente ilegais, mas desde que a parte tenha esgotado todas as possibilidades do Tribunal de origem.

A Segunda Turma, por unanimidade, confirmou a decisão da Relatora.

Vários aspectos devem ser abordados no presente julgado, mas sem dúvida, o juiz e o Superior Tribunal de Justiça cumpriram seu papel a contento, como verdadeiros garantidores

de direito fundamental do ser humano, protegendo sua dignidade que é o núcleo axiológico da Constituição.

Normalmente o que se espera de um tribunal de justiça é que ele corrija as decisões dos juízes a ele vinculado, mas o que pode ser observado no caso em comento foi o contrário. Se analisar essa decisão do tribunal apenas pelo viés do princípio da reserva do possível, que segundo a doutrina constitucionalista e administrativista está relacionado às limitações orçamentárias que o Estado possui, pois o Estado não tem dinheiro suficiente para socorrer a tudo e a todos, e que a execução de políticas públicas depende daqueles que foram eleitos pelo povo e receberam investidura para do mandato eletivo e não compete ao Poder Judiciário tais providências, essa decisão não estaria de todo errada, mas felizmente não é dessa forma.

Se esse poder do Estado - legislativo - não cumprir a contento o seu papel, comprometendo a eficácia desses direitos fundamentais essenciais, justificar-se á a intervenção do Poder Judiciário, para que dê efetividade a eles, fenômeno denominado de judicialização de políticas públicas, e são levados ao judiciário essas demandas sociais para implementação dos direitos fundamentais.

A doutrina, para tentar amenizar esse problema, vem associando essa dignidade da pessoa humana a um mínimo existencial, que é o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna. Esse bens e utilidades vêm sendo elencados em três direitos que são: direito à saúde, à educação fundamental e à moradia.

Dessa forma, deve ser conciliado esse mínimo existencial com a reserva do possível, que acabarão entrando em conflito cotidianamente, principalmente nesses casos relacionados à saúde.

Como resolver essa situação? O governo não consegue dar a assistência devida à população na área da saúde, o pagamento de um plano privado se revela impossível para grande maioria da população sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e

para sua família, assim, para que a visão aristotélica do princípio da igualdade seja realizada, é necessário que o Poder Judiciário com o denominado ativismo judicial exerça tal papel, tratando a todos de forma igual na medida de suas desigualdades.

Voltando à análise do julgado em comento, conforme exposto, há de se ressaltar que a antecipação de tutela se torna imperiosa, pois restou demonstrado o agravamento de seu estado de saúde e o risco iminente de vida caso a requerente não voltasse de tomar os medicamentos, tudo atestado por laudo médico.

O juiz a quo e o Superior Tribunal de Justiça, aplicando o princípio da proporcionalidade entenderam que ante a patente demonstração do risco iminente de vida do jurisdicionado, o direito fundamental à vida deve prevalecer em face ao formalismo processual e ao princípio da reserva do possível, que deve ser respeitado na grande maioria dos casos.

“Não há como negar que o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem” (MARINONI, 2004, p. 245), dessa forma, no presente caso, a não concessão da antecipação poderia corresponder a uma sentença de morte da requerente.

Portanto, o processo civil como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais deve dar a efetividade adequada àqueles que buscam o Poder Judiciário, não bastando uma sentença, mas sim uma efetivação concreta dessa tutela almejada.

O presente julgado comprova sobejamente a tese ora defendida, já que o Estado foi obrigado a fornecer os medicamentos incontinentemente com a concessão do pedido de antecipação de tutela, limitando a ampla defesa que se daria através de um contraditório exauriente.

E isso pode ser comprovado pelo fato de que os remédios foram entregues e consumidos, assim, no presente caso o bem da vida objetivado vai se exaurindo conforme a sua entrega, fazendo com que um contraditório postecipado se torne inútil.

Dessa forma, nesses casos, sem dúvida haverá um prejuízo àquele que foi obrigado a cumprir tal imposição de fornecimento de medicamento - no caso, o Estado - limitando a sua defesa e tornando-a inútil posteriormante, por isso, nesses casos graves com de risco de vida, é importante a concessão de antecipação de tutela, mas há de se ressaltar o perigo que isso pode resultar, já que que esses gastos, que podem significar milhões de reais, nunca mais serão ressarcidos para o requerido, no caso em comento, os cofres públicos.

5.7.2 Análise de julgado demonstrando a limitação da ampla defesa aplicando o § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil

Esse julgado é referente à apelação n.º. 70020359584³, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em face da sentença que julgou extinta a pretensão indenizatória da autora com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, onde a mesma pretendia ver-se ressarcida pelos danos materiais e morais sofridos, pois após ter arrematado um veículo em um leilão, por leiloeiro oficial, não conseguiu registrá-lo junto ao Departamento Estadual de Trânsito, que também o apreendeu por suspeita de adulteração no motor. Assim, pediu para que a ré fosse condenada a restituir-lhe a quantia paga, bem como a pagar-lhe indenização por dano moral.

³ **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. CARÊNCIA DE AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. Há interesse processual quando a parte tem necessidade de ingresso em juízo para buscar a tutela pretendida. Sentença desconstituída. ART. 515, § 3º, CPC. Possibilidade de, em grau de recurso, enfrentar-se questões pendentes, por se tratar de matéria de direito e o feito estar apto para o julgamento, conforme art. 515, § 3º, do CPC. **MÉRITO.** A arrematação de veículo recuperado de sinistro em leilão extrajudicial promovido pela ré, quando ciente a arrematante das condições do mesmo, ante a discriminação constante da nota fiscal, e sendo-lhe oportunizada vistoria por técnico de confiança, afasta o dever de indenizar pelo fato de não ter a arrematante logrado êxito em transferir o veículo junto ao DETRAN. Necessidade de remarcação do chassi. Providência não adotada pela autora. Hipótese de improcedência da demanda. Sucumbência mantida. **APELAÇÃO PROVIDA PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA. APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 515 DO CPC PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DEMANDA.** (Apelação Cível n.º. 70020359584, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 18/09/2008).

A ré, em sua contestação alegou que a autora no momento da arrematação teve a oportunidade de contratar perito para que fizesse vistoria e que, na ocasião, firmou o termo aceitando o veículo no estado em que se encontrava.

Conforme acórdão, os documentos juntados aos autos comprovam a versão da requerida, mas por outro lado, a sentença que julgou extinta a ação por falta de condição da ação não merece prosperar, pois a requerente tem interesse processual, há possibilidade jurídica do pedido e ainda é parte legítima, dessa forma a autora não deixa de ter razão, devendo a decisão vergastada ser amparada judicialmente com a conseqüente desconstituição da sentença de extinção do processo por falta de condição da ação e aplicando o artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgando improcedente a pretensão inicial.

O Tribunal entendeu que o mérito já poderia ser enfrentado, aplicando o artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, sem necessidade do retorno dos autos ao juízo de origem, já que se tratava de matéria exclusivamente de direito e estava pronta para ser julgada.

Comentários:

Trata-se de mais uma forma de dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional encontrada pelo legislador, ante a morosidade da justiça, que hoje se tornou um dos problemas mais sérios a ser enfrentados pelo Poder Judiciário e pela sociedade quando precisa de uma tutela urgente.

Claro que, no presente caso, restou comprovado por provas documentais que a apelante sabia das condições do veículo, mas mesmo assim, resolveu assumir o risco, pois é de conhecimento de todos que nesses tipos de leilões extrajudiciais os veículos colocados à venda são aqueles dos mais variados tipos de sinistros, sem reparo mecânico ou funilaria, sendo essa a razão de serem oferecidos bem abaixo do valor de mercado, tornando um atrativo para a parte interessada em fazer um negócio vantajoso.

No presente caso, o Tribunal, de forma justa, adentrou no mérito e julgou a ação improcedente, limitando uma ampla defesa, ou melhor, uma discussão infundada, já que a autora era sabedora dos riscos que corria, conforme devidamente comprovado nos autos pela requerida; por outro lado se por um acaso desse certo e obtivesse lucros essa ação nunca chegaria às portas do Poder Judiciário.

Assim, o legislador inseriu esse § 3º ao artigo 515 do Código de Processo Civil, de forma a limitar a ampla defesa e dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional, para que, qualquer das partes em um caso concreto que consiga demonstrar sua versão de forma clara, como no presente caso, e se tratar apenas de questão de direito, seja agraciada por essa forma célere de julgamento, impedindo o retorno dos autos e toda uma rediscussão sobre determinado fato que poderia ser resolvido rapidamente.

CONCLUSÃO

Toda argumentação expendida no sentido de uma nova visão epistemológica processual com base na doutrina neoprocessualista, em consonância com um Estado Constitucional Democrático de Direito, pode levar muitos operadores do direito a pensar que tudo é muito sedutor, mas na prática não funciona, já que há uma cultura extremamente positivista.

Realmente, para aqueles que estão presos a esse modelo extremamente técnico de enxergar o direito, e principalmente o processo, fica muito difícil entender toda essa mudança paradigmática, analisar o processo por um ângulo teleológico, a função social do processo, ou seja, vê-lo em sincronia com um Estado Constitucional.

Num primeiro momento, aos olhos do positivista, tudo pode parecer muito abstrato e simples e entender tudo isso como mera elucubração e que as decisões judiciais estariam submetidas ao livre talante dos órgãos prolores. Mas não é dessa forma que funciona, tudo é muito mais complexo e profundo do que parece ser e exige, acima de tudo, uma mudança cultural, pois “mudar o modo como o homem opera o direito é escopo final” (CAMBI, 2007, p. 43).

O presente trabalho contribui muito na construção dessa nova visão processual, rompendo com dogmas desnecessários que ajudam a travancar o Poder Judiciário. Mas essa ruptura, conforme devidamente demonstrada ao longo da pesquisa, não pode ser ao livre talante do intérprete, mas de forma consciente, respeitando toda principiologia constitucional em consonância com os direitos fundamentais, observando também, as regras e os procedimentos previamente estabelecidos, pois não se pretende o abandono destes que, na maioria das vezes, devem ser observados.

Serão afastados somente no caso concreto, quando extremamente necessário, por meio da regra do sopesamento.

A idéia central do trabalho é desconstruir uma velha postura introspectiva do sistema que enclausura todo ordenamento jurídico desoxigenando a relação processual, completamente atrelada ao Estado Liberal em que reinava o despotismo parlamentar.

Vivemos num momento crucial onde as relações sociais e comerciais avançam vertiginosamente, assim, imperiosa se tornou essa mudança de postura, sob pena de tudo continuar como está, pois as regras previamente estabelecidas não são suficientes para conter as demandas postas em juízo, já que a cada dia novas situações surgem e o juiz tem que decidir.

Não é mais possível o mero exercício de subsunção, exige-se um trabalho hermenêutico do intérprete, conformando essas regras previamente estabelecidas à Constituição e ao estudo dos direitos fundamentais, conforme demonstrado.

Dessa forma, ele terá que, inevitavelmente, recorrer aos princípios constitucionais, fazendo as necessárias ponderações axiológicas para resolver aquele caso concreto, e é nesse momento que será necessário uma maturidade daquele que irá decidir, um conhecimento principiológico para fazer o devido sopesamento necessário, analisando qual direito fundamental em jogo será mais importante salvaguardar naquele momento.

Nosso legislador constitucional e infraconstitucional, felizmente, mas tardiamente, se atendo a tudo isso, vem tentando desafogar o judiciário com edições de leis que visam dar efetividade à prestação de tutela jurisdicional, algumas vezes acertando, como com a antecipação de tutela, que é um dos mais importantes instrumentos de efetivação de tutela imediata que o jurisdicionado tem em mãos, hodiernamente, isso se preenchidos os requisitos legais. Outros instrumentos criados pelo legislador vêm gerando certa divergência doutrinária, como o artigo 285-A do CPC, que segundo muitos não faz parte da efetividade virtuosa.

Há também os instrumentos criados pela Emenda constitucional nº. 45/2004 que são fortes instrumentos de efetivação de tutela e visam fazer com que o Supremo Tribunal Federal exerça a função de uma verdadeira Corte Constitucional, tratando de assuntos relevantes para a nação.

Esses instrumentos relacionados acima além de darem efetividade à prestação da tutela jurisdicional limita a ampla defesa do jurisdicionado, conforme analisado, impedindo - o que continue um debate que se daria por uma cognição exauriente, mas que por uma decisão do legislador, calcada na proporcionalidade, transforma-o em cognição sumária.

Essas formas de limitação podem parecer um tanto quanto arbitrárias se forem analisadas perfunctoriamente, sem adentrar em sua razão de existir, que são várias, dentre as quais podemos citar: a crise do Poder Judiciário, as desigualdades sociais, o recrudescimento das relações comerciais, as demandas coletivas e outras.

Na ânsia de tentar conter tudo isso o legislador entendeu que, em determinados casos haveria a necessidade dessa interrupção abrupta do processo, com o julgamento da demanda favoravelmente àquele que tivesse os requisitos necessários a esse “benefício”.

Essas limitações se tornaram mais evidentes com a elaboração dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, pois são consideradas o ponto final da relação processual dado pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas conforme analisado, isso não é tudo, pois o importante mesmo, o que vai fazer a diferença é o julgamento no caso concreto, a sensibilidade do magistrado de se desapegar das regras para dar a efetiva prestação da tutela, limitando a ampla defesa em face do princípio da efetividade, com base na proporcionalidade, sempre.

Importante ressaltar que essa limitação deve ser sempre em consonância com o princípio da cooperação, informando a todos os integrantes da relação processual o que será

feito, sem surpresas, tudo em consonância com a instrumentalidade do processo e a doutrina neoprocessualista.

Conclui-se que é dever de todos:

[...] levar a sério a idéia de Estado Constitucional, concretizando cotidianamente os direitos fundamentais e reconhecendo que o direito, nessa quadra histórica, espraia-se para além do círculo da legalidade estatal, buscando a sua unidade, suas potencialidades e seus limites nos valores e nas normas constitucionais (MITIDIERO, 2007, p. 105).

Somente a análise do processo pelo privilegiado ângulo neoprocessualista e suas nuances será possível fazer com que o intérprete saia do formalismo, com responsabilidade, prestigiando a tão sonhada efetividade, mas nunca ferindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, onde reside a dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

ALVIM, J. M de Arruda. **A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral: Reforma do Judiciário** (olhar coletivo). São Paulo: RT, 2005.

_____. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et al* (coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Tutela Antecipada**. 5. ed. Atual. por Luciana Gontijo Carreira Alvim. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

AMARAL, Guilherme Rizo; CARPENA, Márcio Lousada (coord.). **Visões críticas do processo civil brasileiro**. Uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **O Processo civil no limiar de um novo século**. RF 353. Rio de Janeiro: Forense, Janeiro-Fevereiro/2001.

_____. **Procedimento: formalismo e burocracia**. RF 358. Rio de Janeiro: Forense, Novembro-Dezembro/2001.

ASSIS, Carlos Augusto de. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, 1999.

_____. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-moderno, teoria crítica e pós-positivismo. In: **Revista Diálogo Jurídico**. ano I. n. 6, Salvador/BA: setembro, 2001.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspetos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Novos estudos da teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Verani. Barueri: Editora Monole, 2007.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev.2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de Urgência**. Análise teórica e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Le forme nella difesa giudiziale del diritto**. Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930). v. 1. Rome: II Foro Italiano, 1930.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Repercussão Geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 2006.

_____. Anotações sobre repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). In: **Revista de Processo**. 2007.

_____. **Anotações sobre a Repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário**. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora> Acesso em: 03 Fev. 2009.

_____. **Garantias do processo sem dilações indevidas**. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Limites subjetivos e objetivos da sentença e da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Inovações no processo civil**: Comentários à Lei 10.352 e 10.358/2001. São Paulo: Dialética, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. v. 2. Salvador-BA: Editora Podivm, 2007.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, José Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2007.

DIDIER JR, Fredie; ALVIM, J. M. de Arruda (coord). **Portes, terceiros e coisa julgada** (“Os limites subjetivos da coisa julgada”). Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: RT, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Cabouste Gulbenkian, 1996.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. São Paulo: RT, 2006.

GAJARDONE, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processos penal** (As interceptações telefônicas). 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RS Editora, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2002.

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. In: **Revista de Direito Processual Civil**. ano 3. São Paulo: Saraiva, 1962.

LAFER, Celso. **La Reconstrucción de los derechos humanos**. Um diálogo com El pensamento de Hannah Arendt. Trad. De Stella Mastrangelo. México: Fondo de Cultura Econômica, 1973.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito Vinculante na jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. **O Princípio do duplo grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil. 3. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Execução**. Curso de processo civil. 3. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: Conceito, função e tipos. São Paulo: RT, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante, reforma do judiciário** (olhar coletivo). São Paulo: RT, 2005.

_____. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; PFLUG, S. M. Passado e futuro da súmula vinculante: Considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: RENALT, Sérgio Robello Tamm. BOTTINI, Pierpalo. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: Teoria geral, comentários aos art. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de processo civil**. 8. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Regras de Experiência e conceito jurídico indeterminado**. Temas de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Efetividade do processo de conhecimento. In: **Revista de Processo**. n. 96, São Paulo: out/dez, 1999.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Revista Ajuris**. ano 30. n. 90. Porto Alegre: junho, 2003.

_____. A garantia do contraditório. In: **Do formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pachelli. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Recurso de Apelação: amplitude do efetivo devolutivo**. Curitiba: Juruá, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FRIEDE, Reis. Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica e tutela antecipada. 3 Ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

ROSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. Trad. De Lourdes Santos Machado. Col. Os Pensadores. v. 24. São Paulo: Abril, 1973.

SANTOS, Moacir Amaral. **Nulidades Processuais**. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 55. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. **O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral**. Reforma do judiciário (obra coletiva). São Paulo: RT, 2005.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luiz. **Súmula vinculante**. Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004. 2. ed. revisada e ampliada de acordo com a lei 11.417, de 19.12.2006. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral no recurso extraordinário deliberação do plenário do STF por meio eletrônico. In: **Informativo eletrônico**. Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados Associados. n. 5, julho. 2007.

TAVARES, André Ramos; ROTHEBURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

_____. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88**. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de titular**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Antecipação de tutelar e medidas cautelares**. O processo civil no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**. 24. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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](#)