

Marisa Serra

**TUTELAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVO ACESSO A JUSTIÇA**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2009**

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

Marisa Serra

**TUTELAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA**

Pesquisa elaborada em forma de dissertação, como requisito para obtenção do grau de Mestre, pela mestranda Marisa Serra, sob a orientação do professor Dr. Gilson Delgado Miranda.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2009**

Banca examinadora

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Araçatuba, 27 de fevereiro de 2009.

Dedicatória

À minha família, em especial aos meus pais,
por todo o amor recebido.

Agradecimentos

A Deus, pelo amparo e pela força.

Ao meu orientador professor Dr. Gilson Delgado Miranda, pela orientação, atenção constante, e pela paciência.

À minha família, em especial ao Luciano, pelo apoio, companheirismo e compreensão imensuráveis.

Ao meu filho Pietro, pela inspiração.

Aos meus amigos e a todos que colaboraram para o meu crescimento e para a concretização desse trabalho.

"Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta." (Rui Barbosa)

Resumo

Desde o seu preâmbulo, a Carta Magna projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar, dentre outros objetivos, a justiça e o bem-estar de todos. No âmbito jurídico, intensifica-se a discussão sobre a democratização do acesso à justiça. Democratizar o acesso à justiça significa adotar procedimentos que retirem, ou ao menos minimizem os obstáculos porventura antepostos à efetiva prestação jurisdicional. O Poder Judiciário passa a ser considerado como instrumento de defesa e garantia efetiva dos direitos fundamentais da pessoa humana. Contudo, embora se tenha criado na Constituição Federal de 1988 uma nova abertura para que os cidadãos buscassem os seus direitos, não foram adotadas medidas visando a adequar o Judiciário e a técnica processual a essa nova realidade, o que levou aquele à crise que está enfrentando. A morosidade que já vinha afetando o Judiciário se tornou o grande problema a ser combatido. Uma Justiça mais célere e mais acessível passou a ser o sonho de todos aqueles que trabalham e que utilizam o Poder Judiciário como instrumento de resolução de litígios. Com a finalidade de ampliar o acesso à justiça e tornar efetiva a prestação jurisdicional, foi editada a Lei 8.952, de 13.12.94 que ampliou e generalizou o instituto da tutela antecipada. As tutelas diferenciadas, dentre as quais as mais importantes são as tutelas de urgência, ou sejam, as tutelas cautelares e a tutela antecipada. Com a aplicação cada vez mais das tutelas de urgência, os juízes detêm um poder considerável, especialmente se levarmos em conta que cabe a eles, magistrados, analisarem sumariamente a cognição, a certeza e a verossimilhança, em caso de ameaça ou lesão irreparável ou de difícil reparação a determinado direito. No entanto, em razão da morosidade processual e dos processos intermináveis, as tutelas de urgência foram criadas com a finalidade de atender aos anseios e necessidades de um Estado Democrático de Direito, no sentido de facilitar o acesso à justiça de forma efetiva.

Palavras-chave: Tutelas de urgência, acesso à justiça, celeridade, efetividade.

Abstract

Since its preamble, the Great Letter projects the construction of a Democratic State of Right, destined to assure, amongst other objectives the justice and well-being of all. In the legal scope, it is intensified the quarrel on access to justice democratization. To democratize the access to justice means to adopt procedures that remove, or at least minimize the obstacles eventually put in front to effective judgement. The Judiciary Power starts to be considered as defense and guarantee instrument of basic rights on human beings. However, even though it has been created a new opening, so that the citizens searched its rights, in the Federal Constitution of 1988, had not been adopted measures aiming at adjusting Judiciary and the procedural technique to this new reality, what it took that one to the crisis which that is facing. The slow that already was affecting the Judiciary became the great problem to be fought. Fast and a more accessible Justice started being the dream of all those that work and use the Judiciary Power as instrument of litigations resolution. With the purposes to extend the access to justice less to the layer favored of the population and make effective the provision court, was edited the 8.952 Law of 13.12.94 which was based on the custody of urgency. The custody differentiated, among the which the most important are the custody of urgency, or be, the precautionary custodies and the custody anticipated. With the more and more application of the custodies of urgency, the judges have a considerable power, specially we will be taken into account that falls to them, magistrates, will analyze skimpily to knowledge, the certainty and the plausibility, in case of threat or irreparable wound or of difficult repair to determined right. However, on account of the procedural slowness and of the interminable trials, the custodies of urgency were created with the purpose of attend to the yearnings and needs of a Democratic State of Right, in the sense of facilitate the access to the justice and to the citizens of effective form.

Keywords: Custody of urgency, access to justice, fastness, effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
I O ACESSO À JUSTIÇA	12
1.1 Noções gerais: monopólio estatal da justiça através da ação.....	12
1.2 Teorias da justiça na era atual.....	21
1.3 Acesso à justiça: amplitude do termo.....	38
1.4 Acesso à justiça: assistência judiciária e o custo processual.....	46
II. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	53
2.1 Considerações iniciais sobre a prestação jurisdicional.....	53
2.2 Morosidade.....	56
2.3 A idéia de efetividade processual.....	62
2.4 Efetividade versus segurança pública.....	64
III. TENDÊNCIAS DE SUMARIZAÇÃO.....	76
3.1 Tutela jurisdicional: o procedimento ordinário, sumário e cautelar.....	76
3.1.1 Processo de conhecimento.....	77
3.1.2 Processo de execução.....	78
3.1.3 Processo cautelar.....	80
3.2 Procedimento.....	81
3.2.1 Procedimento no processo de conhecimento.....	82
3.2.2 Procedimentos especiais.....	82
3.2.3 Procedimento comum.....	84
3.2.4 Procedimento ordinário.....	84
3.2.5 Procedimento sumário.....	85
3.2.5.1 Estrutura do procedimento sumário.....	86
3.2.6 Processo cautelar.....	89
3.2.7 Tendência processual pós-moderna.....	90
3.3 A constitucionalização do processo.....	94
3.4 O processo civil e a ordem jurídica justa.....	99
IV. TUTELAS DE URGÊNCIA.....	104
4.1 Estrutura atual do Código de Processo Civil.....	104

4.2	Noções gerais.....	106
4.3	Tutelas cautelares.....	113
4.4	Tutela antecipada.....	117
4.5	Poder geral de cautela.....	123
4.6	Limites do poder discricionário e o direito de errar.....	130
4.7	Cognição, certeza e prova inequívoca.....	137
4.8	Fundado erro de dano irreparável.....	141
4.9	(I) reversibilidade da medida.....	147
4.10	Concessão de liminares e suas restrições.....	152
4.11	Efetivação das tutelas de urgência.....	158
4.12	Concessão da tutela de urgência ou antecipada em grau de recurso e o agravo de instrumento.....	166
	CONCLUSÃO.....	169
	REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à análise das tutelas de urgência como instrumento de efetivo acesso à justiça, uma vez que a morosidade na prestação jurisdicional estava tornando a ineficiência do Estado na prestação da tutela sobressair mais do que a solução do litígio, já que milhares de processos são ajuizados diariamente, e centenas são inefetivos, porque quando a parte alcançar o direito pleiteado este não surtirá o efeito almejado, em razão do falecimento da parte ou perda do objeto da ação, ou até mesmo ineficácia da prestação jurisdicional, porquanto, tardia.

É importante ressaltar ainda, o monopólio estatal de justiça, uma vez que o Estado detém o poder de dirimir o conflito, por intermédio do poder judiciário. Portanto, o Estado é o responsável pela efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Quando elevamos nossos pensamentos à Justiça, e o acesso à mesma, devemos nos deparar com acessibilidade física aos tribunais e cartórios, custas judiciais, intervenção de advogados, dentre outras dificuldades.

Para tanto, o primeiro capítulo abordou o acesso à justiça, cuidando de estabelecer conceitos e teorias sobre a justiça e o monopólio estatal da justiça por meio da ação, o que vem a ser acesso à justiça, a questão da parte economicamente menos favorecida, a assistência judiciária gratuita prestada pelo Estado para esses cidadãos e o custo processual.

O segundo capítulo tratou da duração razoável do processo, elaborando um estudo da morosidade do judiciário, as suas causas, traçando um paralelo entre a efetividade processual e a segurança jurídica, uma vez que ambos são importantíssimos para a sistemática processual civil brasileira, contudo, a segurança nem sempre prevê um processo efetivo, assim como nem sempre a efetividade propicia uma segurança.

O terceiro capítulo abrangeu as tendências de sumarização que têm ocorrido no dia-dia processual, especificando a tutela jurisdicional e os diversos tipos de procedimentos: ordinário, sumário e cautelar. Houve ainda um breve intróito sobre a tendência de constitucionalização do processo civil brasileiro e o que vem a ser a ordem jurídica justa, e se tal é possível ocorrer no Brasil.

O quarto capítulo tratou das tutelas diferenciadas em todos os seus aspectos, enfatizando suas representantes principais, quais sejam as tutelas de urgência, as tutelas cautelares e a tutela antecipada.

Cuidou especificamente das tutelas de urgência, dando ênfase a responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, a origem da atividade jurisdicional danosa, o poder geral de cautela, a responsabilidade e os limites dos poderes discricionários dos magistrados.

Na segunda parte do quarto capítulo, foram abordados mais enfaticamente os requisitos das tutelas de urgência, como a cognição, certeza, prova inequívoca, fundado receio de dano irreparável, reversibilidade e irreversibilidade da tutela concedida, concessão e restrição das liminares, efetivação das tutelas de urgência, finalizando com a concessão das tutelas em sede recursal e a questão do Agravo, e os poderes do relator com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil.

Foi utilizado como procedimento metodológico, o método observacional, por meio de pesquisa bibliográfica, objetivando precisar os aspectos principais, em contraposição de idéias e hipóteses da teoria na prática.

Em relação às questões controvertidas, foram apresentados os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

I. O ACESSO À JUSTIÇA

1.1 Noções gerais: monopólio estatal da justiça através da ação

Ao falarmos em acesso à justiça, devemos entender que tal não se resume apenas ao acesso físico e ao contingente de tribunais e cartórios existentes no país, é necessário tecer algumas considerações sobre ação, processo e procedimento, sem os quais não poderíamos galgar um estudo mais profundo sobre o acesso à justiça e, conseqüentemente, o surgimento das tutelas de urgência, bem como o próprio conceito de acesso à justiça.

É importante ressaltar ainda o monopólio estatal de justiça, uma vez que o Estado detém o poder de dirimir o conflito, por intermédio do poder judiciário. Portanto, o Estado é o responsável pela efetiva prestação da tutela jurisdicional. Excetua-se desse contexto a arbitragem, na qual as partes dirimem os conflitos existentes entre si na Câmara ou Tribunal arbitral, cujo árbitro é escolhido em consenso pelas partes.

Antes de definirmos o direito de ação, uma das formas de se efetivar o acesso à justiça, é mister relacionar as principais e mais expressivas teorias existentes a respeito da natureza jurídica da ação. São elas, a saber, a teoria civilista, a teoria de Muther, a teoria da ação como direito autônomo e abstrato e a teoria da ação como direito autônomo e concreto.

A Teoria Civilista ou Teoria Clássica desenvolvida por Savigny, conceitua a ação como o direito de postular em juízo o que nos é devido, ou seja, o próprio direito de ação. São três as premissas fundamentais desta teoria: não há direito sem ação; não há ação sem direito e finalmente, a ação segue a natureza do direito. Contudo, referida teoria não se

propagou, uma vez que os defensores desta teoria não conseguiram explicar a situação na qual uma ação foi extinta por inexistência de direito material.

Ensina Rodrigo da Cunha Freire (1999, p. 39) que:

[...] a escola clássica, que entendia ser a ação como imanente a um direito material, prevaleceu quase incontestada durante um longo período. Segundo essa doutrina, também conhecida como civilista ou imanentista, a ação era tida como uma mera variante, suplemento, anexo, acessório, função, elemento integrante, aspecto ou momento do direito material ameaçado ou violado.

A Teoria de Muther surgiu da discordância do doutrinador alemão Theodor Muther com seu conterrâneo Bernard Windscheid (1974, p. 183-184 e 288-9.)¹, sobre o conceito de ação. Ambos contribuíram de forma decisiva para a consagração da autonomia do direito processual civil. Enquanto Windscheid via na ação o direito de a parte reclamar contra o adversário, Muther sustentava que a ação era direito público subjetivo, dirigido contra o Estado, para que este reconhecesse o direito, obrigando o adversário a cumprir o que fosse devido, surgindo assim, uma nova visão do direito de ação (SANTOS, 2001, p. 45). Para os defensores desta teoria, a ação era um direito autônomo dissociado do direito material, ou seja, independente deste.

Outra teoria ainda existente sobre a ação, é a teoria da ação como direito autônomo e abstrato criada por Degenkolb e Plasz, os quais afirmavam que não bastava simplesmente distinguir a ação do direito material invocado, uma vez que aquela deveria ser

¹ Antes de replicar Muther, Windscheid conclui sua exposição sobre a ação questionando o aspecto levantado por Savigny sobre a importância que traz a lesão ao direito: “¿qué influencia tiene sobre esos derechos su lesión? La respuesta es que, por la lesión, el derecho adquiere la forma de un derecho a que esa lesión se subsane. El nombre tradicional de ese derecho es: derecho de accionar. Cabe preguntarse si es adecuado. Tal nombre es aplicable únicamente a un derecho para el cual puede solicitarse ahora y de inmediato, con una demanda, asistencia judicial. Ahora y de inmediato, dijimos, no eventualmente y dadas ciertas condiciones, porque, así entendidos, todos los derechos serían derechos de accionar. Sin embargo, no toda lesión de un derecho tiene como consecuencia la concesión inmediata de asistencia judicial, sino únicamente aquélla en la que entran al mismo tiempo en conflicto la voluntad del lesionador y la voluntad del titular”.

.”Sobre a teoria de Windscheid, Muther, por sua vez, concluiu: “El autor parte de la base de que en el estudio del derecho romano se ha despertado una orientación nueva y mejor. Windscheid se adhiere a esa orientación: todo su libro sólo tiene por objeto dar testimonio de estos hechos: que la orientación vieja seguía extraños senderos equivocados, por ser propensa a ‘ver en el derecho romano la encarnación del pensamiento jurídico absoluto [...]’”.

entendida como o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, já que contra este deveria ser dirigido o sujeito passivo da demanda. (PIMENTEL, maio/2005)²

Por fim, cabe uma breve explanação sobre a teoria da ação como direito autônomo e concreto, defendida por Adolpho Wach, segundo o qual a ação deveria ser dirigida contra o Estado, pois a este caberia o dever de proteção jurídica, muito embora, também a ação fosse contra a outra parte envolvida no litígio. Ou seja, o direito de ação depende da concorrência de requisitos de direito material.

A teoria vigente em nosso ordenamento jurídico é a teoria eclética defendida por Liebman.

Na concepção de Liebman, direito de ação é o direito público subjetivo de pleitear a tutela jurisdicional do Estado, sobre uma pretensão, ou seja, exigir uma prestação de natureza subjetiva, pública, abstrata e genérica.

Este é o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 114): “direito de ação é um direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide”.

A definição do direito de ação está previsto na Carta Magna, em seu artigo 5.º, inciso XXXV, logo é uma garantia fundamental do indivíduo constitucionalmente assegurada.³

Pondera Enrico Tullio Liebman (2003, p. 133) que a iniciativa de um processo, ou o direito de ação cabe à parte interessada, isto é, o direito de “provocar a

² Alexandre Pimentel explicita que existirá ação não somente quando ela for acolhida pelo juiz; a ação não depende da existência do direito material; a ação seria o direito à realização do direito; seria preexistente ao processo; é de natureza pública porque exercitável contra o Estado.

³ “Art. 5.º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] *omissis*

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

manifestação da jurisdição no que toca a uma situação jurídica em que ela tem interesse, com o fim de obter do juiz a proteção de um interesse próprio ameaçado ou ignorado”.

Para Liebman (2003, p.138), as condições da ação são “o interesse de agir e a legitimidade”, que são os requisitos de existência da ação. Para o autor (idem), apenas “se existem essas condições pode-se considerar existente a ação e surge para o juiz à necessidade de se pronunciar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la”.

Depreende-se, portanto, que somente poderá ser considerada a existência da ação se nela estiverem presentes todas as condições da ação. (SOARES, 1985, p. 409)⁴.

Liebman (2001, p. 20), destaca que as condições da ação são:

[...] os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como se costuma ocorrer). Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz à necessidade de julgar sobre o pedido (a *domanda*) para acolhê-lo ou rejeitá-lo. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (*concreta fattispecie*) deduzida em juízo.

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria de Liebman, considerando como condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir.

A legitimidade refere-se às partes, ou seja, autor e réu. É a legitimação para agir, que é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar sobre determinada pessoa e sobre determinado objeto.

Conforme preceitua o art. 3º do Código de Processo Civil, "para propor ou contestar uma ação é necessário ter interesse e legitimidade".

⁴ Para o autor “[...] as condições da ação constituem-se pressupostos de uma sentença favorável – ou, de outro modo, pressupostos da procedência da ação, requisitos para a concessão da tutela pedida segundo a pretensão do autor. [...] a principal condição da ação (ter razão segundo o direito material) mostra-se, evidentemente, de natureza substantiva; mas alguns autores apontam requisitos de natureza processual como sendo também condições da ação. É o caso do interesse de agir e o da legitimidade. A realidade porém, é que esta qualificação não é segura em face das legislações e o nosso Código de Processo Civil apresenta legitimidade como pressuposto processual”.

Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídico-material trazida a juízo. Cada indivíduo deve propor as ações relativas aos seus direitos. Salvo casos excepcionais expressamente previstos em lei, quem está autorizado a agir é o sujeito da relação jurídica discutida, ou seja, está autorizado a demandar quem for o titular da relação jurídica, ou seja, aquele que possui legitimação ordinária, resguardado os direitos daqueles que possuam a legitimação extraordinária. Há casos, nos quais, a lei autoriza a um terceiro que não seja o sujeito da relação jurídica de direito material a demandar, sendo essa uma exceção, conforme previsto no artigo 6.º do Código de Processo Civil, *in verbis*: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei”.⁵

Por outro lado, o réu terá legitimidade processual (LIEBMAN, 1984, p. 159)⁶ se couber a ele o dever correspondente àquele direito incerto que foi motivo de pretensão.

Segundo Lopes da Costa (1962, p. 25), parte legítima "é a pessoa do processo idêntica à pessoa que faz parte da relação jurídica de direito material e nesta ocupa a posição correspondente à (*sic*) que vem tomar no processo".

Moacyr Amaral dos Santos (v1, p. 169) utiliza a expressão ‘qualidade para agir’. Por outro lado, Arruda Alvim (1997, p. 369) entende que é ‘legitimação para a causa’.

A legitimação extraordinária pode ser exclusiva ou concorrente. Será exclusiva quando a lei, atribuindo legitimidade a um terceiro, elimina a do sujeito da relação

⁵ “Processual civil. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. O Ministério Público Federal está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo Ministério Público Estadual. O MP está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público. Questão referente a contrato de adesão pelas empresas locadoras, como exigência da Taxa Imobiliária para inquilinos, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp 298432/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 19.12.2002). Súmula n. 629 do STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. Súmula n. 630 do STF: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

⁶ Para Liebman: “[...] a legitimação para agir é pois um resumo, a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo”..

jurídica que seria o legitimado ordinário, e será concorrente quando a lei admitir a ação proposta pelo terceiro e alternativamente pelo legitimado ordinário.

Embora a legitimidade seja examinada como uma condição do exercício de ação, a regra é de que as normas definidoras de parte legítima se encontram no direito material, porquanto é ele que define as relações jurídicas entre os sujeitos de direito, determinando quais os respectivos titulares.⁷

Outra condição da ação é o interesse processual, o qual consiste na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou de legalidade da pretensão, é, portanto, uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial. Pois, caso isso ocorra, haverá a falta de interesse processual quando a situação jurídica descrita não tiver a providência jurisdicional adequada.⁸

Para Vicente Greco Filho (1998, p. 80), o interesse de agir é:

[...] um interesse processual secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente.

⁷ O Código de Processo Civil Português em seu artigo 26 também trata da legitimidade e do interesse de agir: “O autor é parte legítima quando tem interesse directo em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse directo em contradizer. O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da providência da acção; o interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa providência advenha. Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor. (Reddação do Dec. Lei n. 180/96 – de 25-9). (SOUZA, José Tavares de. Código de Processo Civil. Coimbra Editora. Coimbra, 2001, p. 104).

⁸ Nesse sentido entende o Superior Tribunal de Justiça: “Processo civil. Ação de despejo por falta de pagamento. Desocupação antes de prolatada a sentença. Interesse de agir. Inexistência. Honorários advocatícios. Verificação da responsabilidade. Imputação ao locatário. O interesse de agir do autor também deve existir no momento em que a sentença de mérito for proferida. Devolvidas as chaves no curso da ação de despejo por falta de pagamento, e não havendo pedido de cobrança dos valores, é o autor carecedor da ação. Contudo, não pode ser o autor condenado em custas e honorários advocatícios, uma vez que não foi o mesmo responsável pela demanda”. (REsp 80028/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 4.12.1995, DJ 6.5.1996).

Ainda, nesse sentido é a lição de Alexandre de Freitas Câmara (2001, p 111):

Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade, do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual.

Por derradeiro, o código civil pátrio e a doutrina dominante, elencam como condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido, que subsiste na formulação de uma pretensão que, teoricamente, exista no ordenamento jurídico como possível, ou seja, que a norma jurídica brasileira preveja a providencia pretendida pelo interessado.

No dizer de Alexandre Câmara (2001, p. 111), "deve entender-se o termo *pedido* não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas sim conjugado com a causa de pedir".

A preocupação com a técnica, sobretudo no que tange à terminologia adequada, faz-se necessária tendo em vista os reflexos práticos que ocasiona. Por exemplo, "A" propõe em face de "B" uma ação de cobrança, cujo pedido é a condenação do réu no pagamento de certo valor monetário oriundo de dívida de jogo. Aqueles que consideram a "condição da ação" em questão apenas como possibilidade jurídica do *pedido*, terão de considerar preenchidos todos os requisitos para apreciação do mérito, e que a decisão, nessa hipótese, seria de improcedência do pedido. Por outro lado, para os processualistas que ampliam o conceito da referida condição, afirmando que a mesma abarca também a causa de pedir, a decisão será de carência de ação (Ibid., p. 111). Para Alexandre Freitas Câmara (Ibid, p. 112), o termo mais adequado seria "possibilidade jurídica da demanda".

Portanto, adotando os conceitos acima sobre condições da ação, conclui-se que o direito de ação é um direito subjetivo porque depende de provocação; público porque o direito existe independente da razão do autor; e autônomo porque tem um objeto próprio, qual

seja, a tutela jurisdicional e instrumental porque visa levar uma determinada pretensão a julgamento.

Contudo, há aqueles que são contrários a esta teoria eclética, dentre eles Barbosa Moreira, Lopes da Costa e Kazuo Watanabe, sendo, contudo, Dinamarco favorável a essa mesma teoria.

Conforme nos ensina Lopes da Costa (1962, p. 20), a análise das condições da ação deve ser feita:

[...] com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a *res in iudicium deducta*; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, *à vista do que se afirmou*, raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, como que admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória.

Complementando, Kazuo Watanabe (2001, p. 80) vaticina que:

Todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimidade ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente, em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras, só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimidade ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge à dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não é mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito.

Rodrigo da Cunha Freire (1999, p. 52), em consonância com o ensinamento de Lopes Costa, afirma que na época em que o Código de Processo Civil de 1939 estava em vigor, já havia autores que aderiam à teoria da asserção. O professor Lopes da Costa (apud Freire, 1999, p. 52), em trabalho específico sobre a legitimidade para a causa, entendia que a teoria mais aceitável "é a da legitimação considerada em face da relação jurídica material, afirmada pela inicial da ação".

No mesmo sentido é o entendimento de Kazuo Watanabe (1987, p. 58) e José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 200). Na doutrina estrangeira é partidário da teoria da asserção Elio Fazzalari (vol. 1, p. 79): "*Nella versione più moderna si ritengono legittimati al*

processo civile colui che afferma, in limine litis, um próprio diritto soggettivo lesa e colui che viene indicato come autore della lesione”.

Alexandre Freitas Câmara (2001, p. 35) manifesta sua adesão à teoria da asserção:

Exigir a demonstração das "condições da ação" significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é o titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a outra teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo "carecedor de ação"? A se afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores dessa teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as "condições da ação" quem fizer jus a um provimento jurisdicional favorável.

Mais a frente, faz sua ilação:

As "condições da ação", portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.

Ao contrário dos ilustres autores, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 115-116), defensor da teoria eclética, sustenta que:

Não é correto tachar de eclética a teoria de Liebman, acatada pelo Código: ela é abstrata, porque não inclui a existência do direito do autor entre as condições da ação, limitando-se a condicionar a ação a requisitos que a situação jurídico-substancial fornece em cada caso.

Em que pese à opinião desse renomado jurista, a teoria de Liebman acaba retornando à concepção concretista. Nesse sentido, posiciona-se Fábio Gomes (1999, p. 324):

Para a maioria dos que seguem a doutrina de Liebman e consideram a ação como o direito a um provimento de mérito, uma vez extinto o processo por ausência de uma das condições da ação poderá o autor *intentá-la de novo*; neste sentido é expresso nosso Código em seu art. 268. Aqui, a identidade com a Teoria do Direito concreto revela-se ainda mais forte. Tomemos como exemplo um caso em que o juiz extinguiu o processo julgando o autor de uma ação de despejo parte ilegítima por não ser locador do prédio. Estaria o Código autorizando, em seu art. 268, o mesmo autor a propor novamente a mesma ação? Obviamente não! Parece evidente haver o legislador se referido *àquela* ação de despejo que não foi proposta.

1.2 Teorias da justiça na era atual.

Quando elevamos nossos pensamentos à Justiça, e o acesso a mesma, devemos nos deparar com acessibilidade física aos tribunais e cartórios, custas judiciais, intervenção de advogados, dentre outras dificuldades.

Desde os primórdios, o homem busca os seus direitos, seja por intermédio do Estado, seja particularmente, visando sempre, de seu ponto de vista, obter a justiça.

Dentro do núcleo comum de princípios, aceitos pelas diversas escolas, situa-se o reconhecimento de que a justiça é o valor fundamental do direito. Podem algumas correntes, como o positivismo jurídico, considerá-la um elemento exterior ao direito, em sentido estrito. Mas, não se trata de negação da justiça, que foi amplamente estudada por Kelsen, mas da recusa em incluí-la no campo da investigação jurídica, definida em termos estritamente formais.

A justiça é uma virtude moral que diz respeito à lei. O justo é o que é conforme a lei e respeita a equidade; o injusto é o que viola a lei e falta à equidade. As leis se referem ao bem da comunidade política e são justas as ações que tendem a produzir e conservar a felicidade dessa comunidade. Assim entendida, a justiça é a virtude completa ou inteira, pois quem a possui é capaz de usá-la para consigo mesmo e para com os outros.

Primeiramente, buscou-se apurar a origem da justiça, traçando um perfil da Teoria da Justiça, como surgiu, qual a sua finalidade e quais as principais teorias acerca do que é a Justiça e para que serve. Na verdade, o que se busca responder é se a concepção de justiça continua, neste século, sendo a mesma formulada por Aristóteles ou se houve mudanças significativas nesse conceito.

O termo justiça designa um ideal universal e, ao mesmo tempo, uma virtude pessoal. Fala-se de justiça e, também, de justos. Mas a palavra sempre implica em uma idéia

de rigor nacional. Um justo é um sábio, quase um santo, mas com uma idéia de precisão quase matemática. O justo cumpre todos os seus deveres sem comprometê-los e sem desfalecimento (ANSELMO, 1979, p. 28). Quando a razão se aplica às ciências, à lógica, seu ideal é a objetividade, a justeza. A mesma exigência se domina justiça quando se refere aos atos. A retidão, o aprumo define uma linha geométrica e também a conduta do homem de bem. Pensemos nos termos eqüidade, igualdade, no símbolo da balança.

Essa idéia de exatidão matemática está sempre presente quando se trata de justiça. A justiça é o rigoroso respeito aos direitos de cada um (*“justitia”* vem de *“jus”*, direito), é o fato de conceder a cada um o seu direito (*“jus suum cuique tribuere”*) (ACQUAVIVA, 1993, p. 754). Assim, a justiça racional exige, antes de tudo, que cada indivíduo não valha mais que outro. Quando Kant nos pede que nos fiemos na moral, em normas suscetíveis de constituir regras universais, quando nos convida, antes de agirmos, a considerar a questão: “E se todos fizessem o mesmo?”, nós vemos aí a exigência de justiça. A justiça se opõe, antes de tudo, ao imperialismo das tendências egoístas.

Pessanha (1979, p. 322-348) nos ensina que desde a época de Aristóteles, é clássico distinguir três formas de justiça: a comutativa, a distributiva e a repressiva. Em cada uma delas encontramos a exigência de igualdade, de proporcionalidade racional:

- a) **A justiça comutativa** – é a que deve presidir as trocas; sua regra é igualdade matemática. Uma permuta é justa quando os dois termos trocados têm o mesmo valor (isto é, quando cada um deles é permutável com um terceiro; duas quantidades iguais a uma terceira são iguais entre si). Por trás da equivalência dos objetivos trocados, exigida pela justiça, reconhecemos a afirmação da igualdade das pessoas dos que trocam. Isso porque cada um deles tem os mesmos direitos, nenhum dos dois deve ser lesado.

- b) A justiça distributiva** – aqui, a exigência de igualdade se apresenta sob forma diferente. Com efeito, pode parecer injusto distribuir retribuições iguais por homens desiguais. A justiça distributiva estabelece a igualdade entre as relações de quatro termos (duas coisas e duas pessoas). O bom candidato receberá boa nota, o mau, a má.
- c) A justiça repressiva** – até sob suas mais primitivas e grosseiras formas, a repressão judiciária faz intervir uma preocupação de proporção matemática. A lei de talião: “olho por olho, dente por dente”, é uma verdadeira equação. Reencontramos a exigência de igualdade nas evoluídas formas repressiva. É certo que não mais se trata de fazer com que o culpado sofra o mesmo mal que ele próprio cometeu; pelo menos, a gravidade das penas permanece proporcional seja, inicialmente, à gravidade do próprio dano, seja, simultaneamente, à gravidade do dano e à culpabilidade do autor da infração (cujas intenções são levadas em conta).

Não há como explanar sobre Teoria da Justiça, sem fazer um breve comentário aos grandes pensadores e filósofos da Antigüidade, primeiros a reduzirem a justiça a termo, a conceituar e definir a justiça.

O repensar sobre o que seria justiça e quais as situações em que ela é praticada ou não, assim como os meios necessários para alcançá-la esbarra na constatação indubitável que ela existe baseada em idéias pessoais e, por isso, tem várias concepções. Há diferentes noções de sociedade e de justiça, visto que há visões opostas das necessidades naturais e das oportunidades da vida humana.

A definição clássica de justiça, que foi baseada nas concepções de Platão, de Aristóteles e formulada pelo jurista Ulpiano de acordo com Paulo Nader (2000, p.112), refere que a justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu.

Cada época ou formação cultural possui uma visão diferenciada da justiça, e de seu papel na sociedade.

Pitágoras desenvolveu a idéia da igualdade, igualdade esta como sendo absoluta, assimilando-a a um número quadrado, conceituando assim a justiça.

Posteriormente, Sócrates (Platão, 1983, p. 30), fomentou discussão sobre o que seria a Justiça travada com Céfalo, Polemarco, Trasímaco e Gláucone, indagando “Poderá definir-se a justiça fazendo-a consistir simplesmente em dizer a verdade e restituir aos outros o que deles recebemos? Ou antes, isso será justo ou injusto, conforme as circunstâncias?”. Ao que os filósofos presentes permearam comentários e opiniões, culminando com Cícero, um filósofo romano, afirmando que Sócrates trouxe a filosofia do céu para a terra, fazendo com que as pessoas refletissem sobre a vida e os costumes, sobre o bem e o mal, sobre o que era justo ou injusto.

Um dos grandes filósofos e formador do conceito de justiça foi Platão, que viveu em 427-437 a C., discípulo de Sócrates. Compreendeu a Justiça como uma idéia, sendo este o ponto alto de sua teoria, afirmando ser ela a maior virtude do ser humano e do Estado. Comparou o Estado ao corpo humano, e chegou a idealizar o protótipo de cidade ou Estado, no qual os sábios governariam e a justiça prevaleceria. Para que o Estado e indivíduo sejam um, seria necessário que as partes estivessem em harmonia, cada um zelando por aquilo que lhe competia, para o bem comum, do todo, dando-se a essa relação o nome de Justiça (Platão, 1983, p. 31 e SS.)..

Abaixo, verifica-se o esquema utilizado por Platão para estabelecer a relação entre o corpo humano e o Estado (GAARDEN, 2003, p. 107):

Corpo	Alma	Virtude	Estado
Cabeça	Razão	Sabedoria	Governantes
Peito	Vontade	Coragem	Sentinelas
Baixo-ventre	Desejo	Temperança	Trabalhadores

Conforme afirmações de Jostein Garden (2003, p. 108), “Hoje em dia, talvez chamássemos o Estado de Platão de totalitário. E exatamente por causa disso, muitos filósofos criticam duramente Platão”.

Efetivada a teoria de que o Estado era assim como o corpo humano, Platão empreendeu viagens por vários países e civilizações, permanecendo aproximadamente 12 anos viajando. Retornando à Atenas, abriu uma escola nos jardins de Academos, donde originou o nome Academia. Ali lecionava ciências e filosofia.

Com a decadência de Atenas e um panorama político conturbado e desalentador, Platão questionava-se se “que vale mais, ser forte ou ser bom?”.

Platão entendia que o ideal de justiça era tratar os iguais igualmente e os desiguais de forma desigual. Utilizou a palavra igualdade, não em sua conceituação pura, de idêntica, mas sim de forma análoga, significando semelhante, pois sempre entendeu que nada era igual mas sim semelhante.

Este conceito de Platão não leva em consideração que os bens materiais no capitalismo e no socialismo não estão bem repartidos. Além disso, traduz a separação entre os proprietários e os não proprietários. Afinal, se dar a cada um o que é seu é justiça, logo, é justiça dar ao miserável a miséria.

Platão, no anseio de conceituar a Justiça, desenvolveu a Teoria das Idéias, ou seja, buscando encontrar o bem imutável e eterno, em meio às mudanças, desenvolveu a tese das idéias perfeitas, que estão acima dos sentidos. Primeiro a idéia, depois o fato. Simplificando, as idéias de Justiça para Platão era o bem absoluto, logo, da idéia do “bem” vinha a expressão “de Justiça”.

A idéia de justiça que nós, ocidentais, temos é herdada, em grande parte, de Platão, Aristóteles e dos juristas romanos.

Dentre os grandes pensadores e estudiosos da Justiça, Aristóteles, talvez, seja aquele que melhor compreendeu o seu significado, criando conceitos.

Ainda segundo Paulo Nader (2000, p. 100 e SS.) Aristóteles enxergou a realidade com os sentidos, compreendeu que as idéias e os pensamentos do indivíduo são formados pelo que vêem e ouvem e são armazenados. Para Platão, primeiro vinha a idéia, depois o fato, já para Aristóteles, primeiro vem a coisa material e depois a idéia. De outra sorte, concordou com Platão quando o mesmo afirmava ser a justiça uma virtude, mas recusou-se a aplicar-lhe o caráter de idéia. Aristóteles desenvolveu a idéia do *meso justo*, ou seja, do meio justo. Esta é a Teoria de Mesotes, desenvolvida por Aristóteles, ou seja, *meso* que equivale à proporcionalidade e *isom* que seria a igualdade. E a justiça aplica de forma justa e proporcional a determinadas situações iguais.

Para Aristóteles a Justiça tem na harmonia é sua nota fundamental, e foi definida por ele como sendo equilíbrio e proporção. É uma virtude que respeita a norma do bem como padrão. A Justiça para o homem é fazer e desejar o que é justo. O homem justo é o que respeita a lei, é íntegro e honrado. A Justiça é considerada a maior das virtudes, admirada por todos. O homem que a detém pode exercê-la não só para consigo mesmo, mas para com o seu próximo.

Aristóteles foi extremamente metódico, detalhista sempre tentando ordenar conceitos e construir a teoria da justiça, sendo por isso considerado o fundador da mesma. Tão importante foi a contribuição de Aristóteles para a concepção de Justiça que afirmou Emil Brunner (Nader, 2000, p. 105): “pode-se dizer, em verdade, que a doutrina da Justiça nunca foi além de Aristóteles, mas sempre se volta a ele”. Aristóteles foi quem difundiu a idéia de justiça no seu lineamento mais rigoroso.

É clássica a distinção que se formulou entre justiça distributiva e justiça corretiva (sinalagmática ou comutativa) em função do critério da proporção e da igualdade. A primeira, pelo critério da proporção, distribui os bens correspondentes ao mérito e às necessidades de cada um, enquanto a justiça corretiva ou sinalagmática, com base no princípio de igualdade, torna justas as trocas entre as pessoas. A distributiva dependeria do Estado, que pode distribuir bens e honras, levando em conta o mérito de cada um.

Os matemáticos denominam proporção aqui de geométrica, porque, conforme a *Ética a Nicômaco* fala que “*o todo está para o todo assim como cada parte está para a parte correspondente*” (ARISTÓTELES, 1973, p. 325).

Já a sinalagmática preside as relações entre os homens, equilibrando-as de modo que cada um receba o que merece, o que lhe é devido. Esta última subdivide-se em comutativa ou voluntária, em sentido estrito, e judicial ou involuntária. A primeira preside as relações de troca, isto é, as relações contratuais, enquanto a judicial ou involuntária (juiz ou árbitro) aplica a sanção adequada e proporcional ao direito.

Em síntese, de Aristóteles acolhemos duas notas formais características da justiça: igualdade e proporcionalidade.

Com tais princípios, o Ocidente, através de sua história, criou a sua idéia de justiça, formulando, em função de situações histórico-sociais, um conceito do justo, que, variando com a modificação dessas situações, não se alterou em sua substância.

Resumindo: justiça é igualdade de tratamento jurídico, bem como proporcionalidade da pena ao delito, da indenização ao dano, do preço à coisa vendida, da prestação à contraprestação etc.

Daí ser a justiça:

- 1) comutativa, tendo por critério a igualdade, aplicável às relações entre os indivíduos (direito de família, direito dos contratos, direito das sociedades comerciais etc.);

2) distributiva, tendo por critério a proporcionalidade, que rege o direito penal, a reparação dos danos, o direito fiscal, a distribuição de bens ou de encargos etc.

Para fazer e haver justiça, além da igualdade, outro fator determinante é a proporcionalidade, para fazer a repartição justa ideal. Deve haver equidade, muitas vezes deve amoldar a lei abstrata ao caso concreto, sob pena de ocorrer injustiça. Segundo Nader (2000, p. 109) em

[...] Ética a Nicômaco, Aristóteles traçou, com precisão, o conceito de equidade, considerando-a uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade e comparou-a com a régua de Lesbos que, por ser de chumbo, se ajustava às diferentes superfícies: A régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos.

Então, a equidade adequa a norma jurídica geral ao caso concreto. É a forma pura da justiça, ou seja, a justiça em seu estado perfeito.

Aristóteles comparou a equidade à “régua de Lesbos” feita de chumbo, de consistência mole, que penetrando no fundo, em diferentes pontos, adaptava-se a diferentes superfícies, assim como a lei adapta-se aos fatos.

Para Aristóteles a justiça e a equidade não são valores diferentes, mas caminhos diversos com a finalidade de alcançar um único valor jurídico.

Por outro lado, Miguel Reale (1999, p. 455) retrata o período em que Hans Kelsen⁹ “desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito”, ocorrido na segunda década do século XX, num panorama filosófico composto por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos, como sendo, dentro desse quadro, o movimento de “purificação” do Direito.

A existência da norma é fundamentada no “dever-ser”, mundo do direito, e não no “ser”, mundo da natureza. Com efeito, “de um ser não se pode concluir um dever-ser, de um fato não se pode concluir uma norma” (KELSEN, 1998, p. 72).

Na problemática do tema da justiça, Hans Kelsen entende que, como todas

⁹ Hans Kelsen nasceu em Praga, a 11 de outubro de 1881 e faleceu em Berkeley, Califórnia, a 19 de abril de 1973.

as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral, pertencendo, assim, ao domínio da moral. Critica a doutrina do direito natural e se propõe descrever todos os possíveis valores de justiça, sem propor um como preferível aos outros.

Nesse sentido, observa Miguel Reale (1973, p. 420):

[...] Kelsen viu na justiça uma questão de ordem prática, insuscetível de qualquer indagação teórico-científica. No plano teórico, só se pode falar em fundamento, ao ver de Kelsen, em termos puramente lógicos, para se explicar o pressuposto de validade dessa ordem escalonada de normas que é o Direito, de conformidade com a sua teoria da “norma fundamental” [...].

O filósofo Chaïm Perelman (1996, p. 250) enumera seis princípios que apresentam critérios diferentes, e que constituem as concepções mais correntes da justiça, ressaltando que “é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça”.

Ei-los (Ibid., p. 9):

- 1º A cada qual a mesma coisa.
- 2º A cada qual segundo suas obras.
- 3º A cada qual segundo seus méritos.
- 4º A cada qual segundo suas necessidades.
- 5º A cada qual segundo sua posição.
- 6º A cada qual segundo o que a lei lhe atribui (*cuique suum*).

A fórmula de justiça do “*suum cuique*”, segundo a qual a cada um se deve dar o que é seu, isto é, o que lhe é devido, pressupõe, conforme Hans Kelsen (1998, p. 18), a validade de uma ordem normativa que determine o que é para cada um o “seu”, ou seja, o que é que lhe é devido, a que é que ele tem direito – por terem os demais, segundo a mesma ordem normativa, um dever correspondente.

Destarte, qualquer que seja essa ordem normativa, quaisquer que sejam os deveres e direitos que ela estatua, particularmente, qualquer que seja a ordem jurídica positiva, ela corresponde à norma de justiça do “*suum cuique*” e, conseqüentemente pode ser estimada como justa, pois além de soar “esplêndido” (ROSS, 2000, p. 321), quem ousará questioná-lo?

Com efeito, a fórmula do “*suum cuique*” foi repetida com insistência expressada pelos juristas romanos, como princípio de direito natural ou justiça. Na crítica de Alf Ross (Ibid., p. 321), “trata-se de pura ilusão que atinge a aparência de algo óbvio porque não diz, absolutamente, nada”.

A regra de ouro, encerrada na máxima: “não faças aos outros o que não desejarias que fizessem a ti”, onde “devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados” (KELSEN, 1998, p. 19), se tomada ao pé da letra, imediatamente se verificará que ela conduz a resultados que decididamente não são pretendidos por aqueles que dela se servem.

Para se concluir que esta regra não dá nenhuma resposta, tal como a fórmula do “*suum cuique*” não dá resposta à questão de saber o que é o “seu” de cada um, Kelsen faz as seguintes indagações: “Mas como é que devemos ser tratados? Qual é o conteúdo desta norma geral?”

Kelsen critica com veemência o pensamento aristotélico reputando infrutífera a tentativa de definir o conceito de justiça através do método racional.

O meio-termo consiste em não exagerar para um de mais nem para um de menos, tratando-se de preceito geral de comedimento.

A norma que determina isto é pressuposta como de per si evidente, mas não é de forma alguma evidente. Aristóteles assegura que encontrou um método científico, um método matemático-geométrico, para determinar as virtudes, quer dizer, para responder à questão de saber o que é moralmente bom, sendo a virtude o meio entre dois extremos de uma linha, que a divide em duas partes iguais. Por exemplo, a virtude da coragem é o meio-termo entre o defeito da covardia (falta de ânimo) e o defeito da temeridade (excesso de ânimo) (Ibid., p. 30).

Assevera Alf Ross (2000, p. 326) que a idéia de justiça se resolve na

exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral. A justiça é a aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade.

Seguindo o entendimento da Teoria Pura do Direito de Kelsen, conclui Ross (Ibid., p. 326) que:

A justiça, portanto, não pode ser um padrão jurídico-político ou um critério último para julgar uma norma. Afirmar que uma norma é injusta, como vimos, não passa da expressão emocional de uma reação desfavorável frente a ela. A declaração de que uma norma é injusta não contém característica real alguma, nenhuma referência a algum critério, nenhuma argumentação. A ideologia da justiça não cabe, pois, num exame racional do valor das normas.

O preceito da não-valorização defendido por Kelsen traz a dificuldade no estudo do problema da Justiça. Segue a teoria do positivismo jurídico, caracterizada na Teoria Pura do Direito, que, conforme definição do próprio autor, é uma teoria jurídica monista, onde só existe um direito: o direito positivo. Ao contrário da teoria do direito natural, que é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito determina somente o “fundamento” de validade, não o “conteúdo” de validade do direito positivo (KELSEN, 1998, p. 117).

Neste debate contemporâneo, após já ser abordada a Teoria Clássica da Justiça e a Impossibilidade de uma Teoria da Justiça, o que cumpre salientar é o ressurgimento da teoria da justiça, após a elaboração da primeira grande teoria geral sobre a justiça, com John Rawls.

Com a obra do filósofo político John Rawls, Uma Teoria da Justiça, que é tida como um autêntico divisor de águas, toda a discussão entre o liberalismo e o comunitarismo se faz à sua sombra.

No intuito de melhor apresentar a discussão liberais/comunitaristas, o capítulo a seguir apresentado, recorre-se do contributo do pensamento de alguns autores

como, os liberais John Rawls e Robert Nozick, os comunitaristas Michael Walzer e Alasdair MacIntyre, além da teoria de Jürgen Habermas trazida a este debate.

Inicialmente, para compreender John Rawls, é preciso ter em conta o seu compromisso com a democracia liberal. A existência do mercado livre é indispensável para o funcionamento dos seus princípios de Justiça. Da mesma forma, rejeita a aristocracia e a meritocracia. Sua concepção de Justiça Social não é compatível com uma sociedade organizada a partir da noção de mérito. Diante de seus objetivos práticos, partiu de uma concepção política, e não metafísica, de pessoa.

Além disso, Rawls é assumidamente um contratualista racional de inspiração kantiana.

Finalmente, sua teoria é, antes de tudo, uma crítica declarada ao utilitarismo que, já havia mais de um século, dominava as discussões político-filosóficas.

A partir dessas premissas, torna-se possível descrever, então, os enunciados básicos daquilo que Rawls chama de Justiça como equidade ("*justice as fairness*"), que ele próprio qualifica como a Justiça Social possível entre os seres humanos e não como um ideal absoluto de Justiça.

Rawls elege dois princípios de Justiça que seriam escolhidos pelos homens para regular suas relações na posição original.

A idéia da posição original — inspirada na ética Kantiana — é, aliás, uma das grandes novidades da teoria de Rawls e, por isso mesmo, foi alvo de várias críticas posteriores.

Segundo o filósofo norte-americano essa posição original seria uma situação inicial de igualdade "puramente hipotética" em que ninguém conheceria seu lugar na sociedade, sua classe, *status* social, sua inteligência, força, habilidades naturais e sua geração.

A sua Teoria da Justiça, segundo o Ilustre Ubiratan Borges de Macedo (1995, p. 89), é classificada da seguinte forma:

Sua teoria é de um novo tipo: processual ou procedimental (do inglês *procedural*), isto é, preocupa-se em conceituar não um homem ou ações justas ou situações sociais justas, mas em estabelecer regras de cooperação, intercâmbio, de ação social, em suma, que, se justas, tornam justa a sociedade por sua observância. Eliminam-se, assim, as nebulosas e intermináveis discussões sobre o mérito, necessidades, etc.

Pois bem, sob o véu da ignorância da posição original, Rawls (2000, p. 64) sustenta que os homens escolheriam os princípios da liberdade e da diferença, nesta ordem de precedência, que aqui se transcreve de sua obra:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.
Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

A prioridade da liberdade, no olhar de John Rawls (2000, p. 267), é tida como:

[...] a precedência da liberdade significa que a liberdade pode ser limitada apenas em nome da própria liberdade. Há dois tipos de casos. As liberdades básicas podem ser ou menos amplos, mesmo permanecendo iguais, ou podem ser desiguais. Se a liberdade for menos ampla, o cidadão representativo, ao fazer o balanço da situação, deve julgar esse fato como um ganho para a sua liberdade; e se a liberdade for desigual, a liberdade dos que têm uma liberdade menor deve ter maiores garantias. Nos dois casos a justificativa decorre do sistema global das liberdades iguais. Essas regras de prioridade já foram observadas em várias ocasiões.

Ainda sobre a prioridade da liberdade Rawls (Ibid., p. 221) ensina que:

Uma liberdade básica resguardada pelo primeiro princípio só pode ser limitada em consideração à própria liberdade, isto é, apenas para assegurar que a mesma liberdade ou uma outra liberdade básica estará adequadamente protegida, e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível.

De fato, Rawls (Ibid., p. 164), sendo um pensador liberal, não aceita transigir com a liberdade. Para ele é inadmissível "trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria do bem estar econômico".

A liberdade, nessa concepção, deixa de ser um direito natural, para assumir a característica de uma escolha racional.

Todavia, uma vez satisfeito o princípio da liberdade igual, e ainda cobertos pelo véu da ignorância, os homens aceitariam que suas desigualdades sociais e econômicas fossem ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo, trouxessem "o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa", e fossem "vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades" (Ibid., p. 333). Esse é o princípio da diferença, em que a desigualdade é aceita como condição do desenvolvimento da sociedade.

Finalmente, Rawls (2000, p. 396) aborda a justiça das normas jurídica e, principalmente, da Constituição. A seu ver, justa seria a Constituição "consensualmente aceita numa convenção constituinte pelos representantes racionais orientados pelos dois princípios de justiça".

Posteriormente, aos pensamentos defendidos por Rawls, Robert Nozick fez algumas considerações que serão aqui trazidas.

A primeira observação feita por Nozick (1991, p. 170-171) é que se deve atentar para o fato de que a expressão "justiça distributiva", que se refere à sociedade, não é neutra:

Não há distribuição central, nenhuma pessoa ou grupo que tenha o direito de controlar todos os recursos, decidindo em conjunto como devem ser repartidos. O que cada pessoa ganha recebe de outros, que o dão em troca de alguma coisa ou como presente.

Na sociedade livre, pessoas diferentes podem controlar recursos diferentes e novos títulos de propriedade surgem das trocas e ações voluntárias de pessoas.

Não há essa de distribuir (ou de distribuição de parcelas do que há para distribuir) os companheiros em uma sociedade na qual as pessoas escolhem (livremente) com

quem querem casar. O resultado total é produto de muitas decisões individuais que os diferentes indivíduos envolvidos têm o direito de tomar.

O ponto principal da sua teoria é o problema da Justiça na propriedade: a propriedade é justa se tiver sido justamente adquirida ou justamente transferida. Fora dessas duas situações, ninguém tem direito à propriedade. A titularidade justa, contudo, pode ser restabelecida pela autoridade, corrigindo eventuais injustiças. Apenas não é possível rearrumar inteiramente a distribuição de bens como se não houvesse titularidades anteriores.

Ou seja, para se chegar ao proprietário, tem que se partir de algum ponto inicial em que houve uma justa aquisição. Portanto, a teoria de Nozick é considerada como uma teoria histórica, pois tem que se ter um ponto de origem, e, sem padrão, uma vez que não precisa necessariamente seguir um processo padronizado de justiça.

Outra teoria da era atual é a comunitarista, que Alaisdar McIntyre (1991, p. 253 e SS.) sintetizou que diferentemente da liberalista, enfatiza a cultura e o grupo social que conferem identidade aos indivíduos 'atomizados' pelas tendências desenraizadoras da sociedade liberal. O indivíduo não é anterior à sociedade, é construído por fins que não escolhe, mas que descobre em função de sua vida em contextos culturais compartilhados na sociedade. Aqui, com ênfases variadas segundo cada autor, destacam-se os aspectos culturais e políticos da comunidade como elementos centrais na organização do 'self' individual.

A comunidade política, para os comunitaristas, é instrumental em relação aos esforços das comunidades para elaborar uma identidade coletiva. Nesta perspectiva, a comunidade política é um bem em si mesmo, irreduzível aos propósitos individuais ou às metas comunitárias. Os comunitaristas se apóiam numa antropologia fraca, apresentado o ser humano como um ser desencarnado, um sujeito sem raízes, descomprometido, mas capaz de escolher soberanamente os fins e os valores que orientam a sua existência. Esta concepção é, segundo eles, irrealista porque a liberdade e a identidade do homem não são características ontológicas inatas à pessoa.

Pelo contrário, aquilo que dá sentido à existência, são os conteúdos substanciais (daí o comunitarismo defender uma ética perfeccionista) que tecem a história própria de cada um. Estes conteúdos já estão inscritos na cultura, precedem o indivíduo, por isso ele é pré-determinado na forma de definir a sua identidade e exercer a sua liberdade.

A uma antropologia descritiva corresponde uma antropologia normativa: os fins que orientam a nossa existência não são produto duma escolha arbitrária e soberana mas o produto duma auto-interpretação contextualizada da nossa situação num horizonte sociocultural que nos precede.

É esta auto-interpretação que dá consistência e densidade ao sujeito. Ao afirmarem que o individualismo é inseparável da socialização, os comunitaristas pretendem mostrar que o indivíduo livre da concepção liberal é ele mesmo produto duma forma específica de socialização.

Segundo os comunitaristas a atomização do social tem conseqüências duplas. Por um lado, empobrece e enfraquece o tecido cultural ao destruir as identidades culturais incompatíveis com o individualismo liberal. E, a diversidade cultural é uma condição necessária para que os indivíduos possam escolher livremente uma concepção de "vida boa". Por outro lado, a atomização do social demonstra-se desestruturante para a ordem social porque suscita um déficit de legitimidade.

Ao individualismo liberal, os comunitaristas contrapõem as formas de socialização características da sociedade grega ou do antigo regime.

Realçando os valores comunitários, Alaisdar Macintyre extrai de Aristóteles um elemento histórico-narrativo ou semântico: a vida humana adquire sentido quando ganha a forma de uma narrativa de carácter histórico ou globalizante, e não uma forma meramente atomística. A obtenção da unidade histórico-narrativa sofre de duas contrariedades modernas: uma de carácter social e natureza eminentemente prática, inexistente na *polis* clássica, que

deriva da fragmentação da vida em esferas duais (público/privado; trabalho/lazer) - o comportamento exigido ao indivíduo numa esfera é incompatível, ou melhor, não tem ligação com as exigências sociais das outras esferas; um outro obstáculo, de índole teórica, tem origem na filosofia analítica e na análise atomística da razão, bem como no existencialismo, nomeadamente de Sartre, no qual se faz uma negação da unidade da vida imediata.

Por fim, asseveram que não existe um único modelo de Justiça, pois as soluções de Justiça devem ser encontradas no interior de cada comunidade. Assim, as normas jurídicas, longe de representar um compromisso com princípios morais abstratos de Justiça, são expedientes para assegurar a paz da sociedade e, dessa forma, devem ser interpretadas pelos Tribunais (MACINTYRE, 1991, p. 253-254).

Por fim, cabe tecer alguns comentários sobre a teoria de Jürgen Habermas (1995, p. 3 e SS.), o qual encontrou o critério ético nas condições de possibilidade do que designa “*acção comunicativa*”. Uma vez que os humanos são seres de fala e que a nossa acção mais específica é a comunicação, essa mesma idéia de comunicação que nos constitui encerra os critérios de validade da própria comunicação e dos seus resultados. Ao falar e discutir sobre questões normativas, que são as que nos separam, expressamos as nossas posições contrárias. Mas, se dialogamos é porque procuramos o consenso. Não o consenso alcançado numa acção comunicativa em que a relação entre os falantes não é simétrica mas desigual (relação de domínio de uns sobre os outros), mas sim, o consenso alcançado numa comunicação justa e simétrica - acordo que merece ser qualificado de racional.

A idéia de uma comunicação perfeita a que Habermas designa, “*situação ideal de diálogo*” - é uma idéia inata em nós, intrínseca à nossa realidade comunicativa ou racional, já que é a linguagem o que nos distingue enquanto racionais.

Assim, quando discutimos sobre questões normativas, projetamos - enquanto idéia reguladora - essa situação ideal que nos servirá de critério para julgar as situações reais em que se realiza de fato a discussão.

Por derradeiro, para Habermas, a “*situação ideal de diálogo*” é o critério que nos permitirá ajuizar e avaliar os acordos fáticos. Um critério que não proporciona qualquer conteúdo sobre os acordos que devem ser estabelecidos, mas que apenas se limita a propor um procedimento: se são respeitados os requisitos da comunicação justa, os resultados racionais resultarão por acréscimo e a validade dos mesmos está garantida. Ou seja, o Estado democrático de Direito é o regime que melhor atende às expectativas de sua teoria da ação comunicativa.

1.3 Acesso à justiça: amplitude do termo

O acesso à justiça não significa somente o acesso aos Tribunais. A justiça é muito mais ampla e complexa do que somente a existência de Tribunais, nos quais as pessoas intentam suas ações visando à solução de um litígio.

Não basta a mera existência de espaços físicos, é necessário que o acesso à justiça seja amplo e irrestrito e que haja informação sobre os direitos dos cidadãos de forma clara.

No ano de 2002, dois alunos da Universidade Católica de Goiás, Leonardo Pereira Martins e Lidiany Mendes Campos, sob a supervisão e orientação do Prof. Dr. Nivaldo dos Santos, elaboraram uma pesquisa intitulada “O acesso à justiça e seus mecanismos impeditivos” (RT 827/731-752), sobre a qual vale pontuar algumas informações e considerações.

Na referida pesquisa realizada na cidade de Goiânia, foi constatado que o percentual de indivíduos que buscavam apenas informações e aqueles que buscavam orientações e encaminhamentos jurídicos era equivalente a 26,68%, enquanto que àqueles que efetivamente davam entrada em uma ação era de 6,18%. A porcentagem maior – 34,24% - se referiu aos indivíduos que não procuravam assistência nenhuma ou não sabiam de seus direitos (Ibid., p. 736).

Na mesma pesquisa, os estudantes ainda constataram que a maioria da população desconhecia as estruturas criadas pelo Estado para facilitar o acesso aos seus direitos e, via de consequência, à Justiça. Entre as pessoas pesquisadas, 81,44% não sabiam para que servia e em qual situação deveriam ser procurados as Cortes de Conciliação e Arbitragem, 67% os Juizados Especiais e 22,68% os Procons (Ibid., p. 739).

Dessa forma depreende-se que a grande maioria sequer tem a informação de seus direitos.

Nesse mesmo sentido é a opinião de José Renato Nalini (*on line*, 2007), em recente artigo sobre o acesso a Justiça, o qual afirma que:

Por acesso à Justiça vinha-se entendendo, até recentemente, o acesso aos tribunais. Uma Constituição cujo preâmbulo abriga a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos e elege a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que se pretende fraterna e pluralista, não poderia também deixar de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, inciso XXXV, estabelece que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa é a dicção de Cappelletti e Garth (2002, p. 13):

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Subsume-se, portanto, que, o acesso à justiça é um direito fundamental e como tal precisa ser tratado.

A partir do momento em que o acesso à justiça é normatizado pela carta magna, é mister entender que o legislador previu que referido direito deve ser imparcial e igualitário, independente de o indivíduo ser rico, pobre, branco ou preto. Ou seja, não pode haver discriminação de qualquer espécie.

De acordo com o advogado Arquilau de Paula (2002):

[...] entende-se que a garantia constitucional somente se aperfeiçoará se, além de não haver exclusão legal da apreciação judicial, isto é, se além da garantia formal do Judiciário não ser excluído da apreciação de lesão a direito ou de ameaça a direito, colimar a real reparação do direito lesionado, ou impedindo, preventivamente, que a ameaça a direito se concretize - isto é, haja eficácia da decisão judicial.

Portanto, apenas o acesso aos tribunais, a existência do advogado representando o cliente, seja ele rico, quando o advogado é contratado ou pobre, quando o advogado ou é defensor público ou nomeado mediante convênio, não basta para a garantia do acesso a justiça.

É mister a eficácia da decisão judicial, a qual se pretenda que seja justa e imparcial. Devendo ainda essa decisão ser útil. Exemplificando, um indivíduo que pleiteia aposentadoria e esta ao se deferida encontra o autor já falecido, a decisão é justa mas não é útil.

Nesse sentido nos ensina a professora Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 257): "A validade da ordem jurídica é condicionada à sua eficácia pela própria norma fundamental, da qual depende o fundamento de sua validade".

Nalini questiona ainda, o acesso à justiça como sendo o acesso ao direito, porque segundo ele, de nada adianta o acesso à justiça se o cidadão não souber os limites de seus direitos. Outro fator fundamental para Nalini é o desempenho do magistrado:

Os juízes não têm a chave para resolver os problemas do mundo. Mas integram o Estado e não podem considerar-se descomprometidos da tarefa de contribuir para a consecução de seus objetivos.

A advertência de Canotilho, sinceramente convicto de que a realização da justiça estará mais dependente da extensão do pensamento da igualdade material à ordem dos bens (patrimoniais e culturais) e ao "mundo do trabalho", do que numa abstrata defesa de direitos, não deve desanimar. Dentro de suas limitações, no espaço que o sistema lhe reservou para atuar, o juiz poderá alargar a porta para o eficaz reconhecimento dos direitos. Basta despir-se de uma roupagem arcaica de magistrado e impregnar-se da vontade de mudar o presente estado de coisas.

As pessoas não poderão usufruir da garantia de fazer valer seus direitos perante os tribunais, se não conhecem a lei nem o limite de seus direitos. Se a aplicação do direito é, normalmente, tarefa de especialistas (juristas em sentido lato), muitas vezes pela via do Poder Judiciário (porque a sua aplicação também é conflitual), não se coloca, por isso, a necessidade de um amplo ou generalizado interesse no conhecimento da forma (técnica) como o direito é aplicado. Mas já em relação ao seu conhecimento a situação é outra porque, aqui, o acesso ao conhecimento do direito deve ser generalizado, até como pressuposto da sua própria aplicação. Hoje, encara-se este conhecimento como um direito – o direito aos direitos.

O primeiro compromisso do juiz empenhado em ampliar o acesso à Justiça, portanto, será com a disseminação do conhecimento do direito. O Direito, resolvido em direitos, terá que se abrir, que se quotidianizar, de perder o seu sopro de mágica não humana.

Como é que um juiz pode tornar o direito conhecido?

Duas, ao menos, as vertentes a serem examinadas. Uma institucional, outra pessoal.

Na vertente institucional, os tribunais e associações de magistrados podem desempenhar – e muita vez já desempenham – relevante papel. Poderiam, assim, imprimir toda a sorte de informações, a partir de folhetos simples, com explicações facilitadoras do acesso à Justiça. A experiência estrangeira é muito rica nesse campo. É simples informar o cidadão a respeito de problemas por ele enfrentados para litigar. Nada impede se divulgue, por exemplo, "Como obter assistência judiciária", "Como pedir alimentos", "Como regularizar a separação", "Como regularizar a sua propriedade", "Como retificar o seu nome", "Como receber de volta o empréstimo compulsório", "Como litigar nas Pequenas Causas", "Como abrir o inventário", dentre muitas outras hipóteses.

Os tribunais devem manter serviço de atendimento facilitado, para fornecer informações sobre andamento de processo, sobre o endereço da assistência judiciária, sobre problemas jurídicos concretos de toda ordem. E isso por meio de telefone, de fac-símile, de guichês com funcionários treinados e conscientes de que o povo é seu patrão. Somente o pobre brasileiro sabe explicar o quão é maltratado nas repartições públicas. O Judiciário poderia reverter esse quadro, desenvolvendo um programa de transparência, dando-se a conhecer ao cidadão através de ações de caráter essencialmente informativo.

Os tribunais e associações têm o dever de manter a população informada. Divulgando os endereços dos foros, e dos organismos vinculados à realização da Justiça, os horários de realização das audiências, o funcionamento dos juizados especiais, e outros dados de interesse, inclusive prestando contas da produtividade do Judiciário.

Em caráter pessoal, o juiz também é provido de excepcionais condições de disseminar o conhecimento do Direito. Primeiro, exercendo de maneira adequada o seu compromisso de maior relevo: a outorga da prestação jurisdicional. Cada juiz, quando julga, exerce função docente. Está ensinando Direito, está divulgando o correto, está demonstrando qual o verdadeiro sentido e alcance da lei.

A decisão é uma aula. E como aula de Direito, pode ser clara, atraente e eficaz. Ou obscura, aborrecida e destituída de relevo, circunscrevendo-se aos limites do processo em que exarada.

A clareza é a cortesia do filósofo, dizia José Ortega Y Gasset. E a clareza, à qual é necessário reconhecer um caráter de primazia na matéria, porta em si mesma uma força de persuasão inegável. E ela não é menos útil quando o advogado quer convencer o juiz do que quando este quer justificar sua sentença.

Faz-se necessário reconhecer que o hermetismo da linguagem dificulta o acesso à Justiça. Pois a linguagem judiciária tem, na opinião pública, má reputação. Não se confunda a necessidade de utilização escorreita de termos técnicos com o apego ao arcaísmo, à excessiva repetição das mesmas expressões, ao caráter rebarbativo que ainda se encontra em grande número de peças processuais.

Não são os juízes os responsáveis por essa linguagem. Ela deriva da lei e das tradições. Mas o juiz pode adotar outra estrutura, sem abandonar a correção, onde se encontre lógica, teórica simplicidade e elegância vernacular.

Concordamos com o ponto de vista do preclaro professor, uma vez que ao juiz, como representante do Estado e precursor da lei, caiba a disseminação maior do acesso à justiça, não dificultando quaisquer formas de exercício de direitos!

Ainda no sentido de conceituar o acesso à justiça, colacionamos os ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 33):

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente em **acesso à ordem jurídica justa** [...]

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 71) leciona

que:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, correto, **giusto**.

Também nessa toada é a lição de Dinamarco (2003, p. 72):

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

E, em outra obra, Dinamarco (2004, p. 114-115), continua:

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é garantia do acesso à justiça assim compreendido.

Conceituado o acesso à justiça, é necessário buscar ampliar esse acesso.

Bedaque (2003, p.79), ao justificar a necessidade das tutelas de urgência, preleciona que:

Inúmeras são as dificuldades enfrentadas por quem se dispõe a pleitear a tutela jurisdicional do Estado, na tentativa de obter proteção a um direito lesado ou ameaçado. A Justiça está em crise, não só no Brasil, como na maioria dos países. E a crise na Justiça implica, necessariamente, Crise de Justiça. Os fatores que contribuem para esse estado de verdadeira calamidade podem ser resumidos basicamente na exagerada demora e no alto custo do processo.

Aliada a falta de recursos do cidadão brasileiro para acessar a justiça outro entrave é a falta de informação sobre o reconhecimento e a guarda de eventuais direitos.

Nos dizeres de Mauro Cappelletti (RT, 827/735):

É preciso enfatizar que não basta a assistência através de advogados, em juízo. Pode ocorrer que a assistência extra e pré-judicial seja mais necessária, porque pobreza significa, normalmente, não apenas pobreza econômica, mas também jurídica. Isto é, pobreza de informação.

Acessar a justiça abrange além do acesso à tutela jurisdicional, o acesso à tutela jurisdicional adequada, a assistência jurídica judicial e extrajudicial de forma litigiosa ou voluntária, com ou sem conflito específico, incluindo serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa;¹⁰ abrange uma Justiça eficaz, em condições de dar resposta imediata aos litígios, apta a atender os anseios de uma sociedade que está em constantes transformações, tornando-se a garantia essencial dos direitos subjetivos em torno do qual transitam todas as garantias destinadas a promover a efetiva tutela dos direitos fundamentais, amparados pelo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Kazuo Watanabe (1988, p.128)¹¹, o termo acesso à justiça engloba a viabilização do acesso à ordem jurídica justa.

Será então que, podemos dizer que reduzindo os custos processuais e reduzindo a duração do processo teríamos então um acesso maior à justiça? Nesse diapasão é importante a lição de Dinamarco (2003, p. 25-26):

¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni entende que o acesso à justiça significa acesso a um processo justo, a uma justiça imparcial, que permita o desenvolvimento de um processo com a participação equilibrada e efetiva das partes. E ainda, se manifesta com acesso à informação, orientação jurídica e aos meios alternativos de composição da lide. (2001, p. 11-12) Nicolò Trochker pondera não deva ser a noção de “justo processo” unilateralmente entendida *in una proiezione garantística, invece è nozione più complessa Che non allude solo ad un processo intrinsecamente corretto e leale, giusto sul piano delle modalità di percorso, ma anche ad un processo capace di consentire il raggiungimento di risultati credibili nel senso della tempestività e dell’efficacia* (apud BEDAQUE, 2006, p. 6). Importa colocar que o art. 111 da Constituição Italiana trata da duração razoável.

¹¹ Acesso à ordem jurídica justa significa que “todos têm direito à via constitucional de solução de litígios, livres de qualquer óbice que possa comprometer a eficácia do resultado pretendido por aquele cujos interesses estejam amparados no plano constitucional, englobando, além da existência de direitos fundamentais para o ser humano, a proteção desses direitos. (BEDAQUE apud TUCCI, 1999, p. 162.) Luciana Camponez Pereira Moralles traz a idéia de que acesso à ordem jurídica justa caracteriza-se como “acesso a uma ordem de valores e direitos selecionados pela sociedade que permitam a realização do ideal de justiça social, oportunidades equilibradas aos litigantes, participação democrática e tutela jurisdicional efetiva.” (MORALLES, 2006, p. 52-53). Nesse diapasão está a lição de Joel Dias Figueira Júnior (1994, p. 30): “faz-se mister a existência de mecanismos geradores da efetividade do processo, cuja realização verifica-se por intermédio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos pelo autor, com rapidez, isto é, dentro de um período razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido.”

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconsciente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução. [...] Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico) é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.

Portanto, os doutrinadores modernos confiam que o processo é o instrumento de efetivo acesso a justiça, como forma de resolver e findar os litígios. No entanto, nota-se que os Tribunais estão ficando engessados com o acúmulo de processos ajuizados e não terminados, não conseguindo cumprir com a sua finalidade precípua.

O Estado de forma geral está em crise, e esta atravessa todos os setores da sociedade, culminando com a inefetividade do processo judicial, uma vez que não é célere e não traz a tão esperada justiça.

Para Bedaque (2003, p. 24), o direito material, nada vale se o direito processual não for efetivo. Nesse sentido:

Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. Ou seja. A parte somente necessita pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito. Espera-se, pois, que essa atuação possa proporcionar ao titular do interesse juridicamente protegido resultado idêntico, ou, pelo menos, semelhante, àquele previsto no ordenamento substancial e não obtido pela vontade do obrigado.

No mesmo sentido é a dicção de Cappelletti e Garth (2002, p. 11-12):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Como forma de melhorar e ampliar o acesso à justiça, a tutela jurisdicional precisa ser célere e efetiva. Só que, para tanto, é necessário haver uma somatória de esforços conjuntos, do Estado, no sentido de melhorar a prestação da tutela jurisdicional e o cidadão que deve se informar e buscar os seus direitos.

1.4 Acesso à Justiça: assistência judiciária e o custo processual

Considerando os princípios e objetivos fundamentais prescritos pela Carta de 1988, percebe-se que a mesma possui uma elevada preocupação no sentido de garantir o bem-estar individual e social, a dignidade do ser - humano e conseqüentemente a justiça social.

O pleno acesso ao Judiciário, em sua acepção normativa, encontra-se disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” Não há como falar em acesso a justiça sem mencionar a assistência judiciária. Isso porque, a Lei de Assistência Judiciária beneficia as partes hipossuficientes, possibilitando que as mesmas usufruam do poder judiciário sem onerar a sua renda familiar.

Historicamente o autor Hélio Márcio Campo (2002, p.57) ensina que no início do processo civil romano não havia remuneração, e sequer pagamento de custas judiciais.

No início da República, por volta do ano 510 a.C. cabia ao pretor¹² a administração da justiça, cujo ato consistia em uma pré-análise do direito invocado, uma vez que o direito no caso concreto era proferido por um juiz escolhido pelo povo.

Naquela época podemos presumir que a prática ali realizada era semelhante a da mediação e arbitragem, pois o cidadão comparecia à presença do pretor expondo o direito reclamado, acompanhado de duas testemunhas. Acreditando o pretor nas alegações do autor, convocava a outra parte, e ambos escolhiam o juiz por meio de uma lista de cidadãos considerados socialmente honestos, salientando que, esse juiz não precisaria ter, necessariamente, conhecimentos legais, importando apenas que fosse justo e honesto.

Continua Marcio Campo (2002, p. 58) que com a assunção ao trono do imperador Adriano, em Roma, este reconheceu a figura dos jurisconsultos, os quais agiriam, doravante, influenciados pelo governo. Dentre muitos, podemos citar como jurisconsultos reconhecidos pelo império: Paulo, Papiano, Ulpiano, Gaio e Modestino. Até então, a justiça era totalmente acessível e gratuita, sem quaisquer ônus, quer seja para o autor ou para o réu. No entanto, com a evolução do direito romano instituiu-se o ônus da sucumbência, como meio de castigo ao litigante que jaz perdedor na demanda, independente de dolo ou culpa. O simples fato de perder a demanda o onerava ao ônus da sucumbência.

Com o surgimento da cobrança das custas judiciais, surge outro problema que perdura até a presente data, qual seja, a situação do cidadão carente, que, embora possuísse os mesmos direitos dos cidadãos abastados, quando tinha algum direito lesado não podia demandar porque não possuíam condições de arcar com as custas processuais.

Por toda a história, verifica-se uma preocupação em proteger os mais fracos, e com essa preocupação, surge à assistência judiciária gratuita, como forma de efetivar o

¹² Nas palavras de Márcio Campo, pretor era um cidadão da população romana, o qual se dedicava ao conhecimento do direito, era o denominado jurisconsulto da época, sendo que o mesmo era escolhido pela população anualmente.

acesso a justiça pelo cidadão carente. Contudo, não é possível precisar a data do surgimento de referido instituto.

Augusto Tavares Rosa Marcacini (1996), menciona que o primeiro registro documental de justiça gratuita ocorreu no século XXI a.C. com o Código de Hamurabi, rei da Babilônia, o qual estabelecia os decretos de equidade, por meio dos quais se tentava trazer para os julgamentos a equidade, com o fito de evitarem-se injustiças.

No entanto, o citado autor se posiciona no sentido de que: “a assistência jurídica tem antecedentes históricos em Atenas, onde eram anualmente nomeados dez advogados para defender os pobres”. (Ibid., 1996, p. 5).¹³

Todavia, a maior defesa dos direitos do necessitado ocorreu com o cristianismo. Segundo Hélio Márcio Campo (2002, p. 4): “com o advento do Cristianismo, que enfatizava a doutrina do amor ao próximo, foi imposta aos advogados a obrigação de defender os pobres sem qualquer espécie de remuneração e aos juízes a incumbência de julgarem sem exigirem as custas”.

Sob a força do Cristianismo, o imperador Constantino, no século III/IV d.C., promulgou o Edito de Milão, no qual estabeleceu que os pobres, a partir daquela data estariam isentos do pagamento das custas processuais e seriam defendidos de forma gratuita.

No mesmo sentido é a opinião de Artemio Zanon (1985, p. 01): “atribui-se a Constantino a primeira iniciativa por meio do ordenamento legal, que veio a ser incorporado na legislação de Justiano, de dar advogado a quem não pudesse de seus serviços disporem com ônus pessoal”.

Logo, notamos que desde os primórdios havia a busca pela defesa dos direitos dos necessitados e desiguais a fim de evitar opressão maior ainda. O primeiro país a regulamentar a assistência judiciária foi a Holanda em 1814, seguida pela França em 1851,

¹³ Há, contudo, outros historiadores que acreditam como marco histórico para a criação da assistência judiciária, à fundação de Roma no século VIII a.C., onde aos patronos, caberia defender os menos favorecidos, explicando-lhes as leis, e inclusive defendendo-os em Juízo (ZANIOLO apud PLUTARCO, 1991).

que publicou o primeiro Código de Assistência Judiciária, oficializando, dessa maneira, a denominação do serviço jurídico gratuito prestado.

Como não havia remuneração aos advogados, muitos prestavam a assistência jurídica contra a sua vontade, por imposição legal, posto que era obrigatória.

No Brasil, a assistência judiciária gratuita era prevista nas Ordenações Filipinas, porém restrita a apenas alguns atos processuais. Com a proclamação da República, o ministro da justiça foi autorizado a criar uma comissão para patrocinar gratuitamente os pobres.

Em 1897 foi promulgado o Decreto n. 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, criando o serviço de assistência judiciária, no qual foi estabelecido o conceito de necessitado¹⁴.

Em 1935 foi criado o primeiro serviço do governo de assistência judiciária no Brasil, o qual consistia na prestação de serviços por advogados plantonistas, os quais eram remunerados pelo Estado.

A Constituição Federal de 1937 silenciou a respeito da assistência judiciária gratuita em seu texto. Contudo, a Constituição de 1946 contemplou a garantia da assistência jurídica gratuita em seu artigo 141, §35¹⁵.

Em 1950 foi editada a Lei de Assistência Judiciária sob número 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, regulamentando o dispositivo constitucional, trazendo as possibilidades e os impedimentos para a concessão do benefício.

A citada lei perdura até os dias de hoje, permeando os processos judiciais. Contudo, não pode o sistema permanecer com critérios caritativos como o era no passado.

¹⁴ Segundo o decreto 2.457, “pobre é toda a pessoa que, tendo direitos a fazer valer em juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família”.

¹⁵ CF/46, artigo 141, § 35: “O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

Seria utópico crer que advogados não remunerados desenvolvam uma defesa eficaz, de forma a igualar o tratamento dispensado aos mais abastados.

Dinamarco, Grinover e Cintra (2001, p. 24), analisando a Constituição Federal de 1988, que consagrou o direito de acesso à justiça, se manifestaram: "a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça".

Para Bedaque (2006, p. 20) é inegável a adoção, nos últimos 20 anos, de medidas legislativas, inclusive em nível constitucional, destinadas a facilitar o acesso à justiça, embora muito distante do que se considera ideal.

O acesso democrático e integral à justiça não encontra suporte para ser alcançado em decorrência de vários fatores, os quais serão tratados de forma mais detalhada a seguir e que acabam tornando inoperante e sem eficácia o ordenamento jurídico.

Contudo, gradativamente,¹⁶ vêm se buscando que tal quadro seja alterado. A inércia, aos poucos, está dando lugar à participação efetiva e a forma à instrumentalidade.

Tale strumentalITÀ esige che le garantigie formali del processo non siano ma fini a se stesse, ma debbano sempre concorrere, sul piano istituzionale, al conseguimento di risultati decisorii coerente com i valori di equità sostanziale e di giustizia procedurale, consacrati dalle norme costituzionale o da quelle internazionali. (COMOGLIO, 1998, 106)

Portanto, a Assistência Judiciária existe, possui eficácia, porém modernamente deve-se falar em outros meios, como forma de inafastabilidade do controle jurisdicional para consolidar o efetivo acesso à justiça.

Como forma de solucionar o impasse causado pelo custo processual, no que tange a assistência judiciária Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 125) sugere que: “a

¹⁶ O movimento para a busca do acesso à justiça passou por três ondas, a saber: “a primeira onda desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e a terceira – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “*enfoque de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.” (CAPPELETTI, 1988, p. 31)

primeira onda de reformas radica na remoção das barreiras impostas pela pobreza, com intervenções do Estado, voltadas ao encaminhamento de reformas eficazes a assistência jurídica aos pobres”.

Muitas vezes, o cidadão por insuficiência de recursos, ou por receio do ônus da sucumbência deixa de pleitear ou buscar a tutela jurisdicional na ocorrência de lesão ou ameaça a seu direito. A legislação da assistência judiciária visa, garantir, pelo menos do ponto de vista pecuniário esse acesso.

Podemos citar como exemplos a Lei 9099/95 que cria os Juizados Especiais com isenção de custas em causas até 40 salários mínimos. Outro exemplo a ser citado é o § 2.º do artigo 588 do Código de Processo Civil inserido pela Lei 10.444, de 07.05.2002, que dispensa a caução quando o crédito for de natureza alimentar, até o limite de 60 salários mínimos, e o exequente estiver em estado de necessidade.

Em que pese os óbices à assistência judiciária gratuita, a criação dos Juizados Especiais foi fundamental para diminuir a duração e o custo processual, já que a parte pode ingressar em juízo sem custo nenhum na fase inicial, somente havendo custas a serem recolhidas em caso de recursos.

Há casos ainda, nos quais a parte não necessita de advogado, pleiteando diretamente seu pedido, em razão de este procedimento ser oral e informal, resultando na celeridade e efetividade das decisões.

No Estado de São Paulo, o convênio celebrado entre a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, possibilita o ingresso em juízo dos menos favorecidos financeiramente.

Tais convênios do Estado com entidades de classe têm relevante importância, uma vez que, nesse caso específico, a Defensoria Pública não consegue suprir a demanda de ações, ante a carência de defensores. Na região de Araçatuba, por exemplo,

existem 06 defensores para 09 municípios. No Estado de São Paulo há um total de 400 defensores para todos os municípios, e em contrapartida, há cerca de 47 mil advogados conveniados que prestam assistência judiciária gratuita aos menos favorecidos financeiramente, de acordo com informações obtidas junto ao *site* da entidade: www.oabsp.org.br.

Outro exemplo da importância da assistência prestada pelos advogados conveniados ocorreu no mês de julho de 2008, quando houve ruptura do convênio estabelecido entre a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, oportunidade em que aproximadamente 800 pessoas deixaram de ser atendidas somente na cidade de Birigui/SP.

De acordo com o *site* da entidade acessado em 02 de agosto de 2008, o convênio ficou paralisado entre os dias 14 a 28 de julho de 2008, sendo que no primeiro dia após o restabelecimento do convênio houve 506 nomeações de causídicos.

Esses números retratam a importância desses convênios e a acessibilidade à justiça, pelos menos em relação às ações judiciais.

Em relação às tutelas de urgência, elas vão de encontro à realidade do país, tendo em vista que há um engessamento dos Tribunais com o excessivo número de ações, o que torna o processo lento e muitas vezes infundável enquanto a parte viver!

Um exemplo de como as tutelas de urgência facilitam o acesso à justiça, é o exemplo típico da ação de aposentadoria, nas quais os autores já possuem uma certa idade ao ajuizarem a ação e se fossem esperar até que o processo finalizasse talvez não estivessem mais vivos, ou com saúde suficiente para usufruir do benefício. Assim nesses tipos de ações, os juízes têm deferido a antecipação da tutela, dependendo do caso concreto, no ajuizamento da inicial ou na sentença, tornando o processo efetivo e, por conseguinte, justo!

II – DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

2.1 Considerações iniciais sobre a prestação jurisdicional

Com a tripartição dos poderes, compete ao Estado, por meio do judiciário, o exercício da função jurisdicional, ou seja, o dever de solucionar os conflitos de interesses¹⁷, que anteriormente era solucionado pelos próprios interessados – hoje considerado exercício arbitrário das próprias razões – objetivando solucionar a lide dentro de um procedimento imparcial, visando alcançar a justiça!

Segundo Alexandre de Moraes (2005, p. 72):

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

O Estado obrigou-se a ser titular de diversos litígios, sendo, portanto, obrigado a prestar a tutela jurisdicional, usando o tempo como aliado e não como inimigo, ou seja, um empecilho à realidade plena do jurisdicionado.

Assim é o teor do ensinamento de Hentz (1995, p. 30):

A questão da demora na entrega da prestação jurisdicional equipara-se a obstacularização ao ingresso em juízo; quando a Constituição Federal arremou qualquer entrave à busca do Poder Judiciário, quis garantias, por essa via, o pleno exercício dos direitos individuais e sociais.

¹⁷ CARNELUTTI (2006, P. 34) nos adverte que: “O gérmen da discórdia é o conflito de interesses. Quem tem fome, tem interesse em dispor de pão com que se saciar. Se são dois os que têm fome e o pão basta apenas para um, surge o conflito entre eles. Conflito que, se os tais são incivis, se converte numa luta; em virtude desta, o mais forte se sacia e o outro continua com fome. Em contrapartida, se fossem inteiramente civis ou civilizados, dividiriam o pão entre eles, não segundo suas forças, mas segundo suas necessidades. Mas pode ser também, um estado de ânimo do qual não surja a luta, mas que lhe propicie surgir de um momento para outro: um dos dois quer todo o pão para si e o outro se opõe a isso. Uma situação dessas ainda não é a guerra entre ambos, mas a contém em potência, de onde se conclui que alguém ou algo deve intervir para evitá-la. Esse algo é o processo, que se chama civil porque ainda não surgiu o delito que reclama a pena; e a situação, frente a qual intervém, toma o nome de litígio ou lide.

Portanto, não pode o Estado escusar-se da apreciação de eventual conflito de interesses providenciando a efetiva tutela jurisdicional, uma vez que tem por escopo garantir que o judiciário não se negará a julgar a lide mesmo que haja lacunas na legislação.

Nesse sentido o ensinamento de Zaiden Geraige Neto (2003, p. 126):

Mesmo quando a lei for omissa, o juiz deverá julgar o caso posto à apreciação do Poder Judiciário, utilizando-se da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito, com razoabilidade e proporcionalidade, o que demonstra o alcance da importância do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O Estado, com a finalidade de evitar desigualdades e injustiça e manter a paz social e a ordem, não permitiu a prática da solução própria de justiça pelo jurisdicionado, trazendo para si a obrigação de solucionar os conflitos de interesses, criando a jurisdição com a função de aplicar o direito ao caso concreto.

Uma vez provocada, a jurisdição tem por obrigação compor o litígio, aplicando o direito ao caso sub judice de forma a alcançar a justiça justa. A forma pela qual a jurisdição é exercida pelos seus órgãos é o processo¹⁸, que por sua vez exige um procedimento.

José Frederico Marques, citado por Humberto Theodoro Júnior (2001, p 40), conceitua processo como o método, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica de direito público.

Logo, o processo constitui o método de atuação dos órgãos da jurisdição, é uma seqüência de atos praticados para que a lide seja solucionada, uma vez que essa não pode atuar de forma livre e discricionária.¹⁹

¹⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva informa os significados da palavra 'processo': "Processo (*processus*, do verbo *procedere*) significa avançar, caminhar em direção a um fim. Todo processo, portanto, envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado". (1998, p. 13).

¹⁹ Para Fabio Ruiz Cerqueira, o processo é, por si, o meio capaz de tornar real a expectativa criada pelo direito material. É por ele, e tão somente por ele, que o direito substancial pode ser exteriorizado. É pelo processo que o Estado presta justiça ao seu administrado. O resultado disto é que desde 1994, com a aparição do Instituto da Tutela Antecipada, iniciou-se uma verdadeira revolução no processo civil.

Ovídio Baptista leciona que o uso do vocábulo processo está conexo a idéia de processo judicial,²⁰ correspondente a atividade desenvolvida nos tribunais para a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, visando o reconhecimento e a realização da ordem jurídica e dos direitos individuais estabelecidos e protegidos por essa tutela. (1998, p. 13).

Para que o processo seja efetivado, é necessário o procedimento, que nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2002, p. 298) é a exteriorização da relação processual que pode assumir vários modos de ser, e citando Amaral Santos conclui que procedimento é o modo e a forma por que se movem os atos no processo.

Os procedimentos, comumente conhecidos como ritos processuais são de duas espécies: comuns ou especiais. Os ritos especiais estão previstos no Livro III do Código de Processo Civil, sendo eles os procedimentos cautelares, no Livro IV do mesmo diploma legal e em leis extravagantes. Um exemplo é o procedimento sumaríssimo, presente nos Juizados Especiais (Lei 9099/95) o qual é norteado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual.

O procedimento comum é aquele aplicado em caráter residual, ou seja, quando não houver outro procedimento previsto em lei. Subdivide-se em rito ordinário e sumário (art. 272, CPC), sendo esse último aplicável a determinadas causas, em razão do valor e da matéria.

Desde então, outras reformas foram introduzidas no texto processual a partir das Leis 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001, 10.444/02 e, mais recentemente as Leis 11.232/05 (*que alterou o modo de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogou os dispositivos relativos à execução fundada em título judicial*), 11.187/2005 (*nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento*), 11.280/06 (*incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória*), tudo com o objetivo de imprimir maior efetividade aos atos jurisdicionais.

O processo parece, realmente, estar sinalizando muitos caminhos à consecução efetiva da prestação jurisdicional, mas deve-se analisar, não obstante as reformas introduzidas, se realmente a aparição das inovações legais tem tido eficácia objetiva no plano prático e qual tem sido seus respectivos efeitos sobre a sociedade.

²⁰ Para Alfredo di Lorio (1995, p. 2-3), direito processual: “se puede ensayar una primera conceptualización descriptiva y aproximativa Del derecho procesal, em el sentido de que es el conjunto de normas que regula la actividad estatal destinada a dirimir o solventar los conflictos que se presentan em la sociedad, pudiendo hacer uso de la fuerza para aplicar la sancion prevista em la norma, si fuera necesario”.

Por outro lado, o procedimento ordinário, por sua vez é mais complexo, por que é mais completo e exaustivo, isto é, seus prazos são maiores, existe um número maior de atos a serem praticados, possuindo quatro fases processuais: postulatória, saneadora, probatória e decisória.

Por meio do procedimento ordinário, o juiz tem a possibilidade de conhecer a matéria objeto do litígio de forma minuciosa e detalhada, mais aprofundada, sendo aplicável à matéria, quando para a mesma não estiver previsto o procedimento sumário ou qualquer outro procedimento especial. É o procedimento mais utilizado no processo civil brasileiro por ser o mais completo, porém, por tal motivo dentre outros, é o maior entrave na demora da prestação jurisdicional.

2.2 Morosidade

Com a garantia de acesso à justiça previsto na Constituição Federal de 1988, o Estado conclamou e, logo, obrigou-se a ser titular de diversos litígios, sendo portanto obrigado a prestar a tutela jurisdicional, usando o tempo como aliado e não como inimigo, ou seja, um empecilho à realidade pela busca do direito do jurisdicionado.²¹

Não há como se falar em processo na atualidade sem falarmos em morosidade. Com a evolução humana e o crescimento populacional, aumentou-se em demasia o número de conflitos, o que tornou o Poder Judiciário lento e insatisfatório. Na medida em

²¹ “A demora nos processos e julgamentos, bem como a inefetividade na execução e no cumprimento das decisões judiciais, é o problema mais grave da Justiça brasileira e se reflete diretamente na população, trazendo descrédito ao Poder Judiciário, apesar de ele não ser o único responsável pelas causas dessas distorções.” (MORAES, 2006, p. 3). Nessa senda, de acordo com matéria publicada em 25/11/2002 a maior crítica ao Judiciário é com relação a morosidade na prestação jurisdicional: “De todas as críticas lançadas contra o Poder Judiciário, a mais recorrente é a da morosidade na prestação jurisdicional. É, também, a mais compatível com a realidade. Com efeito, nada justifica que o jurisdicionado espere por uma década a solução do litígio, situação que só amplia o descrédito na Justiça” (MELO FILHO, 2002, p. 1).

que os litígios vão surgindo e se multiplicando, processos vão se acumulando e tornando infundável a busca pelo bem da vida por essa via²².

Com a instituição de um processo formal e solene, e estruturas hierárquicas, as quais objetivam, primeiramente, garantir a segurança e a justiça da prestação jurisdicional, burocratizou-se a função jurisdicional, tornando-a muitas vezes inócua e ineficaz.

Desde o surgimento do processo de conhecimento até o termino do processo de execução, em razão do devido processo legal, existem inúmeras fases e subterfúgios processuais, que fazem com que os litígios se estendam por um período demasiadamente longo. Essa morosidade processual culmina na verdadeira descrença na justiça brasileira, revelando a necessidade de medidas visando à desburocratização do sistema e a simplificação dos procedimentos.

Quando determinado individuo ingressa com uma ação judicial, almeja um direito que entende lhe pertencer, no entanto, normalmente deve esperar um longo espaço de tempo para saber se o direito realmente lhe pertence, e ao final, diante de uma decisão favorável, transitada em julgado, é necessário promover a execução desta se o réu não cumprir sua obrigação espontaneamente.

Não é admissível que aquele que busca ou se socorre do Judiciário para a realização ou efetivação de seu direito material, permaneça anos na expectativa de um dia poder usufruí-lo ou ainda, que deixe esse mesmo direito como herança.

Athos Gusmão Carneiro (2004, p.1) ressalta a impossibilidade de dissociar o processo do tempo ao dizer:

²² “*La duración excesiva es fuente de injusticia social, porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último e no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una justicia lenta*”. (CAPPELLETTI, 1974, p. 133-14.) A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, parágrafo 1º, estabelece “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”. (CAPPELLETTI, 1998, p. 20/21). Rui Barbosa já profetizava: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (CESAR, 2002, p. 96).

No plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matéria de fato (excepcionalmente também de direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados).

Em que pese o tempo e o processo serem indissociáveis, não se pode olvidar o fato que devemos buscar meios capazes de amenizar os efeitos danosos que possam vir a causar, meios esses que tornem o processo eficaz na solução de conflitos.

Obtempera-se que a demora na solução dos conflitos acarreta uma total descrença da capacidade do Poder Judiciário, visto que não vem cumprindo com seu dever constitucionalmente estabelecido de deferir o direito a quem lhe cabe em tempo hábil.

O acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, inciso XXXV, além de expressar que todos têm direito de se socorrer do judiciário, significa que todos têm direito a prestação jurisdicional adequada e dotada de efetividade.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 29) assevera que :

A morosidade não só significa um peso para o litigante, como também inibe o acesso à justiça. A lentidão leva o cidadão a desacreditar no Poder Judiciário, o que é altamente nocivo aos fins de pacificação social da jurisdição, podendo até mesmo conduzir a deslegitimação do poder.

A longa duração do processo que por muito tempo foi tida como necessária para garantia da segurança da prestação jurisdicional, hoje é colocada em xeque; embora permita que o magistrado tenha um conhecimento de forma mais plena e exauriente, não é suficiente para prestar em determinados casos, a tutela em tempo hábil.

É difícil para o cidadão comum, entender e aceitar que um processo judicial leve, em média cinco a dez anos para finalizar²³. Onde esta a justiça efetiva em tais casos??

²³ Em entrevista para a Revista Consultor Jurídico, publicada no dia 16 de abril de 2007, Rogério Favreto, então secretário da pasta da Secretaria da Reforma do Judiciário demonstra que a distância entre o Judiciário e o cidadão ainda é atual: “O principal foco da minha gestão é o acesso universal à Justiça. Falta aproximar o

Humberto Theodoro Junior (2002, p. 332) compartilha desse entendimento ao sabatinar que:

Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente “justa”, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a quem tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Logo, de nada adianta uma decisão dotada da mais rigorosa justiça, proferida com a observância de todos os preceitos legais, se ela não é capaz de atingir a finalidade para a qual foi proposta. É mister, portanto, a criação de um processo mais justo, isonômico e de resultados.

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, as lesando no patrimônio, na hora e na liberdade”, advertiu Rui Barbosa, citado por Marco Aurélio de Mello, então vice-presidente do STF (“O Judiciário e a litigância de má-fé”, Folha de S. Paulo, São Paulo, 20 nov. 2000, p. A3).

A partir desse pressuposto é que se busca, através das reformas processuais do Código de Processo Civil, a criação de mecanismos que proporcionem um processo mais concentrado, justo e eficaz, o que se verifica com a atual introdução do § 7.º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, o qual possibilita a fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada e, também, com a inserção do artigo 461-A do mesmo diploma legal, o qual possibilita a tutela específica agora também nas obrigações de entrega de coisa, todas elas de urgência.

É importante destacar ainda, por oportuno, que uma justiça demorada é o grande mal da sociedade moderna, pois provoca danos econômicos os quais imobiliza bens e capitais, favorece a especulação bem como a insolvência e a desigualdade social, onde figura

de um lado aqueles os quais tem possibilidade de esperar e de outro aqueles os quais, esperando, tem tudo a perder.

De certa forma, essa demora processual abala a dignidade da pessoa humana, sendo esta incluída na perda do indivíduo, já que o mesmo pode esperar anos, décadas a fio, na expectativa de obter uma resposta concreta do Poder Judiciário ao qual foi confiada a missão de apreciar as lesões e ou graves ameaças ao direito de determinada pessoa.

Quando sopesados, de um lado as custas processuais, de outro, a demora na resposta do judiciário, prevalece a demora, visto que a sociedade esta totalmente descrente, associando a morosidade à não aplicação da justiça.

Para a sociedade, a demora na prestação jurisdicional significa a ineficácia dessa prestação e ate mesmo a perda de seu objeto e objetivo em determinados casos.

A demora na prestação jurisdicional ocorre como um pré-conceito de um serviço público imperfeito e ate mesmo ineficaz em muitos casos. Em suma, a realidade nos mostra que não é possível para a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela insuficiência e incompetência dos serviços públicos, neles incluídos o poder judiciário, quer pela indolência de certos juizes, os quais alheios ao clamor do pleito judicial, tornam o feito ainda mais moroso.

Fato é que medidas devem ser tomadas para tornar mais efetiva, célere e menos burocrático um processo judicial.

A questão de ordem que surge então é, qual provável causa da morosidade da justiça? Porque os processos e procedimentos judiciais são tão procrastinatórios e ineficazes?²⁴

²⁴ Consoante o Prof. Barbosa Moreira (2004, p. 4-5): “a demora resulta da conjugação de múltiplos fatores, entre os quais não me parece que a lei, com todas as imperfeições que tem, ocupe o lugar de máximo relevo. Recordemos, antes de mais nada, a escassez de órgãos judiciais, a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento, com a agravante de que os quadros existentes registram uma vacância de mais de 20%, que na primeira instância nem a veloz sucessão de concursos públicos consegue preencher. Teríamos de incluir no catálogo das mazelas o insuficiente preparo de muitos juizes, bem como o do pessoal de apoio; em

Sem dúvida, o número de ações ajuizadas, muitas vezes de forma repetida, especialmente contra a Administração Pública, a qual dispõe de privilégios nos prazos, atravancam a máquina judiciária.

Soma-se ainda, aos motivos expostos, a liberalidade dos magistrados e ao subterfúgio das partes em pleitear sobrestamentos intermináveis do feito, bem como ajuizamento de ações inócuas e ineptas, bem como ações que no final, certamente serão improcedentes posto que o pedido é absurdo ou inviável.²⁵

Outro fator de morosidade do poder judiciário foi o advento da Constituição Federal de 1988, considerada a constituição cidadã, a qual enfatizou a conscientização dos cidadãos de seus direitos e garantias individuais, gerando assim a procura maior do Judiciário.

Com a conscientização de seus direitos, o indivíduo ao invés de aceitar calado suposta afronta ao seu direito, o qual agora sabe qual é, se socorre do judiciário no afã de ver solucionado o conflito estabelecido, culminando em um maior número de ações a serem propostas. Aumentando a busca pelo judiciário sem a devida organização e eficiência

nosso Estado, e provavelmente não só nele, a irracional divisão do território em comarcas, em algumas das quais se torna insuportável a carga de trabalho, enquanto noutras, pouco movimentadas, se mantém uma capacidade ociosa deveras impressionante; a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia, que concorrem para reter em baixo nível a produtividade... Se ainda resta dúvida, atente-se na diferença ponderável de resultados obtidos, no seio de um mesmo tribunal, sob idênticos regimentos e condições de trabalho, pelos diversos órgãos fracionários: esta câmara julga qualquer apelação comum em um mês ou dois; aquela outra gasta quase um ano, possivelmente mais, para prestar igual serviço”. Joel Figueira Júnior (1994, p.33) aponta alguns fatores que retardam uma decisão: “a) o número elevado e sempre crescente de causas em desproporção assustadora com os órgãos da justiça e seus auxiliares; b) o desajuste da legislação processual e da organização judiciária à realidade social; c) recursos tecnológicos insuficientes.”

²⁵ “A crise judiciária brasileira alcançou nos últimos anos dimensões inéditas, que se desdobram a cada dia em prismas de dramática gravidade”, afirmou Sepúlveda Pertence, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), presidente do Tribunal Superior Eleitoral (discurso pronunciado em 15 ago. 2003 na solenidade de formatura dos alunos do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília).

Para vencer o problema da morosidade, somente as causas relevantes devem chegar às instâncias superiores, diz Paulo Costa Leite, ex-presidente do STJ (Folha de S. Paulo, São Paulo, 23 abr. 2001, p. A7). “No plano da jurisdição, tem-se a morosidade como o principal fator a atingir a credibilidade da Justiça brasileira”, observou Costa Leite (Folha de S. Paulo, S. Paulo, 10 mai. 2001, p. A3).

A demora na prestação jurisdicional torna muitas vezes essa prestação ineficaz, reafirma o ministro Carlos Veloso (“Judiciário em debate”, Folha de S. Paulo, São Paulo, 16 nov. 2003, p. A22). As principais causas são uma legislação processual extremamente formalista e um sistema de recursos irracional. Na Califórnia, o juiz tem 90 dias para decidir uma demanda na primeira instância, senão perde o salário, diz o ministro.

do serviço público, resulta em juízes trabalhando em situações incompatíveis com a função e responsabilidade social da magistratura.

Outro fator, que contribui sobremaneira para a morosidade do judiciário é o numero exacerbado de recursos possíveis, utilizados como meio de protelar o feito, conforme enfatiza MANCUSO (2001, p. 335):

Ora, é óbvio que a interposição, exagerada de recurso ressalta a lentidão do serviço jurisdicional, portanto, aprofunda a crise do Poder Judiciário, que tem o grave compromisso de atender ao Direito constitucional de todo cidadão a uma resposta jurisdicional tempestiva.

Outro fator contributivo para a morosidade do judiciário reside no recurso humano, uma vez que ante os inúmeros processos em andamentos, deveria haver pelo menos o dobro de magistrados e funcionários nos tribunais de justiça.²⁶

2.3 A idéia de efetividade processual

Quando nos deparamos com a morosidade do processo o antônimo é a efetividade processual, que é aquela almejada por todo individuo que possui um litígio e quer vê-lo resolvido da melhor forma, de maneira mais efetiva.

Diante das crises que acometem o Processo Civil, especificamente com relação ao tempo de duração do processo, tornou-se constante o reclamo por uma solução que

²⁶ “a questão da morosidade da prestação da tutela jurisdicional está vinculada também e precipuamente à estrutura e composição do judiciário, bem assim como às verbas que lhe são atribuídas. Com efeito, considerando-se que o processo é a única via de acesso à tutela jurisdicional e que o Juiz é o sujeito fundamental do processo, impende verificar qual a correlação existente entre o número de processos e o número de juízes, para aferir uma elementar condição para a celeridade da prestação daquela tutela. Isto porque a adequação da carga de trabalho à capacidade laborativa daquela a quem foi ela atribuída é pressuposto inarredável de um desempenho célere e perfeito desse mesmo trabalho.” (BEDAQUE, 2006, p. 23)

Barbosa Moreira (1994, p. 131) inclui a insuficiência do número de juízes como uma das causas de lentidão do processo, valendo-se da comparação com dados obtidos no Uruguai. Em estudo realizado pelo CNJ (*Indicadores Estatísticos do Judiciário*) conclui-se que o Brasil atende ao padrão recomendado pela ONU no que se refere à relação juiz/população (7.62 por 100 mil habitantes). Mas o número de processos julgados por ano estaria muito acima dos padrões normais. A sugestão é de 400 por juiz. Em São Paulo o número é superior a 1000. Talvez o problema não seja propriamente a quantidade de juízes, mas decorra da má distribuição da competência – o que acaba sobrecarregando alguns, enquanto outros recebem número pequeno de processos.

viabilizasse a efetividade processual.²⁷ Nem todas as reformas realizadas até agora foram suficientes para tanto.

Candido Rangel Dinamarco (2000, p. 270) entende que efetividade do processo “é uma expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais”.

Dessarte, é uma obrigação do Estado, assegurar que o processo seja apto a solucionar as contendas, resguardando o absoluto exercício do direito de ação e de defesa, dando ao vencedor a possibilidade de exercer e usufruir o direito que lhe pertence.

Ainda segundo Dinamarco (Ibid., p. 271), em relação à efetividade do processo ensina que:

Entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações com justiça, e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.

Retoma-se, outrossim, a necessidade de que o processo deve inspirar credibilidade e segurança ao jurisdicionados, o que ocorre através da construção de um processo ideal.

Antonio Cláudio da Costa Machado (1999, p. 36) cita os cinco escopos para a criação do processo efetivo e ideal, elencados por José Carlos Barbosa Moreira, a saber:

Primeiro, o processo deve dispor de instrumento de tutela adequada a todos os direitos; segundo, tais instrumentos devem se revelar praticamente utilizáveis por

²⁷ Diz o autor Baur: “Somente procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhes efetividade” (1985, p. 17). “A rapidez, sem dúvida, deve ser priorizada, com o mínimo de sacrifício da segurança dos julgados” (CARNEIRO, 2003, p. 81).

É garantia fundamental o direito a um processo justo e sem dilações. A frase “A Justiça Tarda mas não Falha” está há muito ultrapassada. Assevera o espanhol Jesús González Perez (2001, p. 316) que às vezes, a justiça que tarda, falha, e falha exatamente porque tarda. Para ele “Una Justicia que tarda em administrar-se varios años es una caricatura de la Justicia. De aquí que el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas constituya una de las garantías de la tutela jurisdiccional efectiva. Como dice el Tribunal Constitucional, em S. de 13 de Abril de 1983 (s. 26/1983), desde el punto de vista sociológica y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva”.

quem quer que se apresente como suposto titular desses direitos, mesmo quando seja indeterminado ou indeterminável o círculo de sujeitos; terceiro, é necessário que assegurem condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes a fim de que o convencimento do juiz corresponda, tanto quanto possível, à realidade; quarto, o resultado do processo deve ser tal que permita ao vencedor o pleno gozo da utilidade específica assegurada pelo ordenamento; quinto, tais resultados devem ser atingidos com um mínimo dispêndio de tempo e de energia processual.

De toda sorte, é mister que se garanta tais direitos, como único meio de tornar o processo civil adequado a realidade social, devolvendo a total confiança no Poder Judiciário

O atual cenário da justiça brasileira nos conduz a conclusão de que vem se buscando cada vez mais equilibrar critérios de segurança e eficiência dentro do processo, tendo em vista que muitas vezes se chocam.

2.4 Efetividade *versus* segurança jurídica

Não há como fazer um apanhado sobre efetividade processual sem analisar a segurança jurídica, posto que se complementam e se opõem.

De um lado há o direito a segurança jurídica, no qual deve ser observado o princípio do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (CF, art 5.º, LV), através da cognição plena; e de outro lado o direito ao acesso a justiça, previsto no artigo 5.º, inciso XXXV da Carta Magna, que significa não apenas obter uma decisão justa, mas também uma decisão em tempo hábil, dotada de eficácia prática.²⁸

²⁸ Como já asseverou Francesco Carnelutti (2001, p.18): “A justiça, se for segura, não será rápida, e, se for rápida, não será segura. É preciso ter a coragem de dizer, pelo contrário, também do processo: quem vai devagar, vai bem e longe. Esta verdade transcende, inclusive, a própria palavra “processo”, a qual alude um desenvolvimento gradual no tempo: proceder quer dizer, aproximadamente, dar um passo depois do outro”. Nesse sentido: “Da exacerbação do fator segurança, como ocorre em regra no nosso sistema, não decorre maior justiça das decisões. É perfeitamente possível priorizar a rapidez e ao mesmo tempo assegurar justiça, permitindo que o vencedor seja aquele que efetivamente tem razão”. (CARNEIRO, 2003, p. 81)

Athos Gusmão Carneiro (2004, p.11), ao discorrer sobre efetividade como princípio, cita Teori Zavaski, alegando que a “opção do legislador pela efetividade do processo, quando em choque com a segurança jurídica, deve ser considerada como princípio de interpretação das demais normas do sistema processual”.²⁹

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988), ao comentarem a Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, tecem sábios comentários sobre o direito na pré-história, na história antiga e, evidentemente, na história contemporânea.

As lições dos mestres citados levam à conclusão de que noção de direito principia nas tribos da pré-história, quando já começa a conformação desse direito com a vida em sociedade.

Ensinam que a história começa a ser contada há seis mil anos, encontrando-se dados mais acentuados de seu início na Ásia menor, África norte-oriental, no próximo oriente, na Índia e na China.

A nota dominante das conquistas daqueles povos antigos consistia na expansão dos pequenos Estados em formação. Àquele tempo, o direito já se fazia presente, ou melhor, já se sentia a necessidade de um instrumento regulador das condutas de cada povo.

À proporção que o homem evoluía, surgia a necessidade de que a legislação fosse mais abrangente, seja para a defesa da vida, seja para a do patrimônio. Entre as legislações antigas destacaram-se o Código de Hamurabi e as Leis de Manu.

Mas, na verdade, antes dos gregos e dos romanos não se pode falar num direito muito abrangente, ou seja, num direito destinado a cuidar de todos os aspectos da vida social, pois que os comandos normativos destinavam-se mais à manutenção da estabilidade na convivência de dominantes e dominados.

²⁹ Em decorrência da necessidade da rapidez na solução do processo (efetividade) e de regras que devem ser respeitadas para a validade do processo (segurança jurídica), estaremos diante de um conflito de princípios que deverá ser solucionado levando-se em conta sempre uma análise sistemática e geral da situação concreta, a fim de que se proceda da forma que implicar um menor prejuízo possível para os litigantes. (ZARIF, 2006, p. 141)

Os gregos, descobriram a dignidade do ser humano, e ainda, que todos nascem com alguns direitos inatos, o que já sinalizava a necessidade de que se atentasse para uma nova visão do homem, principalmente voltada para a segurança desses direitos.

Esse novo estágio do homem, já sabedor de que era detentor de dignidade e de que era dotado de alguns direitos inatos, foi instrumentalizado pelos romanos através do direito.

Mas a força oriunda do poder continuou relegando o respeito aos direitos do homem ao segundo plano, situação que só mudou por força de dois grandes eventos: a Independência Americana e a Revolução Francesa.

É fruto da Revolução Francesa a DECLARAÇÃO DOS DIREITOS UNIVERSAIS DO HOMEM E DO CIDADÃO, promulgada oficialmente, em 27 de agosto de 1789. Pois bem, de acordo com o disposto no art. 7º daquela Declaração “Ninguém pode ser acusado, nem preso, nem detido, a não ser nos casos determinados pela lei”

Atento a todo aquele estado de coisas que precedeu à declaração dos direitos do homem e ao que foi legado ao homem pela própria declaração, Norberto Bobbio (1992, p. 6) diz:

O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.

Embora tenha se desenvolvido em passos lentos até a Revolução Francesa, posteriormente àquele acontecimento, o direito evoluiu mais rapidamente, garantindo, com mais precisão, a vida em sociedade e tutelando bens que, no passado, eram inimagináveis, como a cultura, a saúde, a educação, o e progresso.

Norberto Bobbio (Ibid., p. 6) refere-se, ainda, à proteção, por parte do direito, dos chamados direitos de terceira e quartas gerações, destacando-se, entre aqueles, por

exemplo, o direito de viver num ambiente não poluído, e entre estes “os referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Do exposto, concluiu-se que a segurança jurídica é realizada através do direito e o é porque é no âmbito deste, e não das outras ciências, que são produzidos os instrumentos necessários à garantia dessa segurança.

Feitas as considerações supra, segue-se o conceito de SEGURANÇA JURÍDICA na visão dos mais renomados mestres.

Paulo Nader (2002, p. 115), ao comparar a segurança jurídica com a justiça, que é o valor supremo do Direito e “a maior virtude do homem”, diz que apesar de hierarquicamente superior, a justiça depende da segurança para produzir os seus efeitos na vida social. E conclui que a segurança é um valor fundante; a justiça um valor fundado.

Wilhelm Sauer (1993, p. 221), por sua vez, afirmou que, em relação ao direito, “a segurança jurídica é a finalidade próxima; a finalidade distante é a justiça”. É conhecida a frase de Goethe: “prefiro a injustiça à desordem”.

Como se vê, os conceitos supra estabelecem um relacionamento entre segurança jurídica e justiça, mostrando que esta é hierarquicamente superior àquela. Isto significa que se a segurança jurídica e a justiça forem imaginariamente postas na pirâmide normativa de Kelsen, aquela ficará na base da figura geométrica criada pelo autor da Teoria Pura do Direito, enquanto que a Justiça se posicionará no ápice da pirâmide. Mas, independentemente da posição hierárquica superior ocupada pela justiça, esta depende daquela para produzir seus efeitos.

Mas, estando à justiça numa posição hierárquica superior a da segurança, pergunta-se: ocorre conflito entre segurança e justiça? Em caso positivo, o que deve prevalecer: a segurança ou a justiça?

Paulo Nader (2002, p. 117) esclarece que na vida do direito são comuns os conflitos entre a segurança e a justiça e ensina mais que, quando tal ocorre, é forçoso que prevaleça a segurança, porquanto a predominar o idealismo de justiça, a ordem jurídica ficaria seriamente comprometida e se criaria uma perturbação da vida social.

A princípio, parece estranha a conclusão do mencionado autor, já que a primeira impressão que se tem é a de que, em ocorrendo o conflito, deve prevalecer a justiça, por ser superior. Mas, uma reflexão mais profunda, leva à conclusão de que é a segurança que deve prevalecer.

Um exemplo da prevalência da segurança sobre a justiça foi o deixado por Sócrates, que, segundo Paulo Nader (Ibid., p. 117), em seus últimos dias de vida era aconselhado por seus discípulos a fugir da execução de sua injusta condenação à morte. Resistindo a tudo dizia o filósofo que era necessário que os homens bons cumprissem as leis más, para que os homens maus cumprissem as leis boas. Do pensamento do filósofo extrai-se que para ele não importava a qualificação que se desse à lei. Ela deveria ser cumprida por ser lei, ainda que a decisão recaísse sobre o homem considerado bom.

Uma apreciação da segurança jurídica na visão de Kelsen, leva ao entendimento de que, para ele, o Estado de Direito é, no essencial, o princípio da segurança jurídica.

O autor da Teoria Pura do Direito reservou parte da referida obra para tratar da **segurança jurídica** e o fez no item denominado **Criação de Normas Jurídicas Gerais pelos Tribunais: o juiz como legislador; flexibilidade do direito e segurança jurídica.**

Da lição de Kelsen, sobre a matéria, extrai-se que ele denomina de precedente judicial a competência que pode receber um Tribunal, especialmente de última instância, para criar, através de sua decisão, normas gerais.

Essa possibilidade de conferência de competência significa uma descentralização da função legislativa. Dela surgem dois tipos de sistemas jurídicos tecnicamente diferentes, ambos com vantagens e desvantagens opostas:

a) Tem como desvantagem a falta de flexibilidade, uma vez que a vida está em constante mutação. Mas, apresenta como vantagem a segurança jurídica, consistente no fato de a decisão dos Tribunais ser, até certo ponto previsível e calculável. Os indivíduos submetidos ao direito podem orientar-se na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. Kelsen critica este sistema, por entender que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, logo nunca poderia conduzir a uma decisão justa. A igualdade de casos, na realidade, não existe, daí que o direito só poderia ter caráter individual.

b) Sistema de livre descoberta do direito. Hans Kelsen também faz alusão à proposta de Platão do “Estado sem Lei”. No aludido sistema, não existe um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo sua livre apreciação. Tem como fundamento que nenhum caso é perfeitamente igual ao outro.

Assim, a aplicação de normas jurídicas gerais que predeterminam a decisão judicial ou o ato administrativo, e, assim, impedem o órgão competente de tomar na devida conta às particularidades do caso concreto, pode conduzir a resultados insatisfatórios.

O sistema da livre descoberta do direito tem como vantagem a flexibilidade na constante mutação da sociedade e como desvantagem a insegurança jurídica, pois que há total renúncia a ela. Os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam, como demandantes e demandados, acusadores ou acusados. Não sabem, de antemão, o que lhes é juridicamente permitido ou proibido. Somente pode conhecer isso através da decisão em que lhes é aplicada uma pena ou em que são absolvidos da acusação.

Contra o sistema da descoberta livre do direito: o que sucede quando a decisão dos casos concretos não é vinculada à norma jurídica geral (legislativas ou

consuetudinárias) não é de forma alguma a completa exclusão do processo de criação jurídica, das normas gerais. Por exemplo, se o órgão chamado a decidir um caso concreto para dar uma decisão justa, ele só pode fazer aplicando uma norma geral que considerou justa. Sob o ponto de vista deste ideal de justiça, a diferença entre os dois sistemas reside no fato de o lugar da norma geral de direito positivo e da norma geral do ideal de justiça que orienta o legislador ser ocupado pela norma geral do ideal de justiça do órgão chamado à descoberta do direito. Assim, ele faz a vez do legislador, apenas substitui-se o ideal de justiça.

Surgiu para dar guarida ao sistema de descoberta livre do direito, uma doutrina, defendida por George Cohn, que se desenvolveu sob a influência da Filosofia Existencialista. A realidade, por sua natureza concreta, não pode ser abstrata nem regulada por normas gerais, mas apenas “vívida”. Tal teoria é uma forma de manifestação do direito natural e, como esta, uma tentativa falhada de uma conclusão, logicamente impossível, do ser para o dever ser.

Entre os dois sistemas acima referidos, situa-se o sistema em que os Tribunais recebem o poder de, em circunstâncias determinadas, também fixar normas individuais fora dos quadros das normas gerais, criadas pelo órgão legislativo. O sistema em que o Tribunal pode criar normas jurídicas gerais sob a forma de decisões com força de precedentes.

No direito consuetudinário, dada a mutação da sociedade, é favorável à formação de uma jurisprudência com força de precedente.

Embora seja à busca do homem; conquanto eminentemente indispensável, tem-se que admitir o acerto da afirmação de Recaséns Siches (1973, p. 294) no sentido de que segurança jurídica, em termos absolutos, é um ideal inatingível.

Contudo, é necessário alcançá-la, se não em sua completude, ao menos no limite máximo, para que, através dela, a justiça prevaleça, também próximo daquilo que se

deseja. O que é necessário, então, para que tal situação ocorra? A resposta nos é dada pelo mestre Paulo Nader, segundo o qual para que se tenha uma segurança, pelo menos o mais próximo possível da absoluta, é necessário que haja obediência aos seguintes princípios da segurança:

- a) princípio relativo à organização do Estado;
- b) princípio do Direito estabelecido;
- c) princípio do Direito aplicado.

No que diz respeito ao primeiro princípio é necessário, em primeiro lugar, que o Estado adote certos padrões de organização interna. A tripartição dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, enunciada por Aristóteles e desenvolvida por Montesquieu, é considerada essencial. Cada um deve atuar nos limites de sua competência sem ingressar na esfera do outro. Se tal atuação ocorrer, configurar-se-á uma anomalia, que coloca em risco a segurança jurídica.

Num segundo momento, ainda quanto ao primeiro princípio, é necessário que o Poder Judiciário se apresente organizado, com pessoal qualificado para as diversas funções, não apenas a de juiz, promotor de justiça ou defensor público, mas igualmente a de escrivão, escrevente, oficial de justiça. Essa organização deve-se estender aos cartórios extrajudiciais, como o de notas e registro civil. Só assim o Poder judiciário poderá decidir as questões que lhe forem submetidas dentro de um tempo razoável, de forma a tornar eficazes as suas sentenças.

Por fim, é indispensável que a magistratura seja dotada das garantias constitucionais, a fim de dar aos juizes total liberdade no exercício de suas funções judicantes.

Relativamente aos princípios básicos do direito estabelecido, há quatro, a saber: a positividade do direito; a segurança de orientação; a irretroatividade da lei e a estabilidade relativa ao direito.

a) A positividade do direito

é o caminho da segurança jurídica (LATORRE, 1969, p. 40). Em tempos remotos, Platão imaginou o “Estado sem lei”, no qual os juizes teriam ampla liberdade para as suas decisões, condicionando-se tão somente no imperativo da justiça. Mas, posteriormente, o próprio Platão admitiu a conveniência do “Estado legal”, fazendo-o por entender que o “Estado sem Lei”, embora superior, exigia um grau de infalibilidade e grande sabedoria dos magistrados, predicados que estes não tinham. De Platão até hoje muito tempo passou e muitos juizes continuam sem aquele requisito: sabedoria.

A positividade exige divulgação do direito. A história demonstra que a divulgação do direito passou por altos e baixos. Antes da escrita, as normas eram elaboradas em versos, para melhor memorização do povo. Conhecida é a passagem de Salomão, recorrendo ao processo mnemônico, onde relacionava os dez mandamentos aos dez dedos da mão.

Na China antiga, narra Angel Latorre (Ibid., p. 40) que os governantes, sob a alegação de quebra da harmonia social, pois impediria a composição amigável dos litígios, evitavam a divulgação das leis. Em Roma antiga era negado, à classe dos plebeus, o conhecimento do Direito, que era privilégio da classe patricia. Somente com a Lei das XII Tábuas, após muita reivindicação, o conhecimento do Direito ficou ao alcance de todos.

Daí conclui-se: a segurança jurídica pressupõe, inicialmente, a positividade, manifestada em códigos ou nos costumes, pouco importa, e a divulgação do direito.

b) A segurança de orientação.

Além da positividade e divulgação do direito, é imprescindível, para que haja segurança, que as normas sejam dotadas de clareza, simplicidade, univocidade e suficiência. Um texto completo, mal elaborado, confuso gera dúvidas até para aqueles que são dotados de conhecimento jurídico. A clareza implica que as normas devam ser inteligíveis.

Mostrando a necessidade da clareza das normas, Beccaria faz uma referência, que não pode ser ignorada, sobre a importância do conhecimento do Direito: “Se a arbitrária interpretação das leis constitui um mal, a sua obscuridade o é igualmente, visto como precisam ser interpretadas. Tal inconveniente ainda cresce quando as leis não são escritas em língua comum”. A univocidade implica que as leis não devem apresentar incoerências, contradições ou conflitos internos. A suficiência significa que a ordem jurídica deve estar plena de soluções para resolver todos os problemas da vida social.

c) Irretroatividade da lei.

Atualmente, o princípio da irretroatividade foi elevado a dogma constitucional. A anterioridade da lei ao fato é um dos princípios máximos de segurança jurídica. É uma garantia contra a arbitrariedade do Estado.

d) Estabilidade relativa do direito.

Eis aí uma das maiores dificuldades para os que operam na arte do direito: a de harmonizar as duas forças que atuam sobre o ordenamento jurídico do Estado, em sentidos opostos: a conservadora e a de evolução. O Direito Positivo deve, como fato histórico, acompanhar o desenvolvimento social; não pode ser estático, enquanto a sociedade vive em constante dinâmica. Paulo Nader (2002, p. 122), com a maestria que lhe é peculiar compara o legislador como um jogador de xadrez: este deve calcular os inúmeros desdobramentos possíveis que podem advir de um lance em uma partida; aquele deve estudar a sociedade e, com a mesma prudência, lançar uma nova lei no quadro social.

Por fim, sob o enfoque do princípio do direito aplicado, o autor em comento se refere às decisões judiciais que, de norma geral e abstrata, transformam-se em norma jurídica individual. Nela, devem estar presentes as prévias calculabilidade da sentença, respeito à coisa julgada, uniformidade e continuidade da jurisprudência.

O Professor Luiz Regis do Prado (2000, p. 78) ensina que o princípio da legalidade é uma das principais bases de sustentação da segurança jurídica. Referindo-se à segurança que do princípio irradia, diz o mestre: “A partir da Revolução francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual”.

Há autores, como o filósofo alemão Heinrich Henkel (1968, p. 544) que defendem que a segurança jurídica não passa de um sistema de legalidade, que fornece aos indivíduos a certeza do direito vigente.

Paulo Nader (2002, p. 116) distingue muito bem a segurança jurídica da certeza jurídica, ensinando que o conceito de segurança jurídica é objetivo e se manifesta concretamente por intermédio de um direito definido que reúne algumas qualidades. Já, a certeza jurídica expressa um estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas.

Norberto Bobbio (1995, p. 232) ensina que a certeza jurídica “consiste na possibilidade de cada pessoa poder, no âmbito de um sistema normativo, prever as conseqüências do próprio comportamento”.

Para alguns setores do pensamento, que se opõem ao individualismo, a segurança jurídica é interpretada simplesmente como uma ideologia burguesa, como pretensão de comodidade, como uma fuga ou renúncia à luta. O fascismo, por exemplo, aproveitando-se das afirmações do filósofo Nietzsche adotou como lema o *vivere pericolosamente* e como ensina Legaz y Lacambra (apud Nader, 2002, p. 117), os juristas alemães do nacional-socialismo não aceitaram a idéia de que a segurança fosse um valor jurídico fundamental.

Por muito tempo a segurança jurídica consistiu no principal vetor da prestação jurisdicional, mas, como já fora mencionado, não foi suficiente para satisfazer todas as necessidades, pois embora as decisões em sua grande maioria foram prolatadas da maneira

mais correta e justa, muitas delas não foram aptas a produzir seus efeitos, porque desde a propositura da ação até serem proferidas, passou-se um longo período.

Logo, os processualistas de maneira incessante tentam agilizar a prestação jurisdicional criando mecanismos com o intuito de aperfeiçoar o processo de conhecimento, primando por critérios de máxima efetividade, sem perder de vista o mínimo de segurança.

Atualmente os juízes se deparam com o fato de terem de decidir com base na aparência ou na probabilidade, sob pena de a certeza surgir quando o direito já possa ter se extinguido no tempo. Isso se faz necessário já que consiste, ao aparente possuidor do direito, o poder de dele se utilizar, evitando que o peso do tempo seja suportado apenas por uma das partes, geralmente ao autor, pois há muitos subterfúgios que podem ser utilizados por parte do réu para que proteja a declaração do direito do autor e a satisfação do mesmo.

Ovídio Batista (2000, p. 125) em seus ensinamentos, preleciona:

Se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distancia mínima daquela que produzida a atuação espontânea das normas substanciais, *porque, segundo o aludido autor*, toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca.

Conclui-se, portanto, que o processo tem que ser capaz de alcançar o seu objetivo, qual seja sua função instrumental, assegurando aquele que tem direito a sua realização em concreto. E a forma de devolver ao jurisdicionado o direito que lhe pertence, mas que em virtude do monopólio da jurisdição pelo Estado, fica obstado até que este o declare.

III. TENDÊNCIAS DE SUMARIZAÇÃO

3.1 Tutela jurisdicional: procedimento ordinário, sumário e cautelar

Na tentativa de solucionar o problema da morosidade e tornar efetivo o processo e facilitar o acesso à justiça, está ocorrendo uma tendência de sumarização, e isso deve ser tratado com cautela³⁰.

Em decorrência da demora do processo é que se buscam meios de acelerá-lo, com as tutelas de urgência e as técnicas de aceleração processual. A tutela concedida em sede de liminar pode ser revista a qualquer tempo, gerando insegurança jurídica às partes, tanto à que a requereu, quanto à que sofreu.

Compete ao Poder Judiciário a função jurisdicional, ou seja, a imposição da validade normativa toda vez que houver necessidade. Cumpre ressaltar quais os meios para essa atividade, qual seja o processo e o procedimento.³¹

³⁰ Em que pese ser totalmente favorável ao instituto das tutelas de urgência, Bedaque (2005, p. 667) sinaliza que: “o que não se admite é a lentidão do processo servir de fundamento para o abandono completo da técnica de cognição ordinária, que incorpora garantias fundamentais das partes. Perigosa pois, a admissibilidade da tutela de cognição sumária, especialmente se não forem adotadas medidas destinadas a manter o equilíbrio entre as partes, pois corre-se o risco de conferir privilégios a pessoas em detrimento de outras, o que implica tratá-las desigualmente”.

³¹ *Carnelutti* constrói sua doutrina com base no litígio. Para ele, a jurisdição só existe frente ao conflito. Sua construção doutrinária encontra forte acolhida entre os processualistas brasileiros, tanto assim que exemplificativamente afirma *Galeno Lacerda*: “A verdade é que a jurisdição, como atividade específica do Poder Judiciário, existe por causa do conflito e para solucioná-lo. Esta a finalidade indiscutível do Judiciário”(Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 8º ed., 1999, v. VIII, t. II, p. 15). Afirma *Carnelutti*, Sistema de Direito Processual Civil, Classic Book, 1º ed., 1999, v. I, p. 60: “Se o interesse significa uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades do homem são ilimitadas, e se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de interesse e a de bem aparece a do conflito de interesses. Surge o conflito entre dois interesses quando a situação favorável a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável de uma necessidade distinta.” Em outro trecho se lê: “Pode acontecer que, diante da pretensão o titular do interesse oposto decida à sua subordinação. Em tal caso, a pretensão é bastante para determinar o desenvolvimento pacífico do conflito. Mas com frequência não acontece assim. Então, à pretensão do titular de um dos interesses em conflito se opõe a resistência do titular do outro. Quando isto acontecer, o conflito de interesses se converte em litígio. Chamo de litígio o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interesses e pela resistência do outro”(Op. cit. p. 93). E segue: “Interesse não significa um juízo, mas uma posição do homem, ou mais exatamente : a posição favorável à satisfação de uma necessidade”

Para Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 146) processo é “conceito de cunho finalístico, teleológico, que se consubstancia numa relação jurídica de direito público, traduzida num método de que servem as partes para buscar a solução do direito para os conflitos de interesse”.

Em outras palavras o processo é tido como meio, ou até um instrumento de que dispõem o Estado e as partes para resolução da Lide, portanto sendo útil para a realização de objetivos moldados ao Estado de Direito.

Pela atual processualística civil, é possível classificar os processos em três tipos distintos: processo de Conhecimento, processo de Execução e processo Cautelar.

3.1.1 Processo de conhecimento

O processo de conhecimento³² apenas declara a existência do Direito, é através deste que o autor quer a confirmação de um direito, mediante um pedido cuja decisão será proferida em um sentido afirmativo ou negativo, cabendo ao juiz decidir se procedente ou improcedente o pedido, ou seja, o juiz analisará o mérito da questão.

Neste processo as partes têm oportunidades de realizar ampla produção de provas, voltadas a demonstrar a existência do direito, em regra é pleiteado pelo réu.

Apresentadas às provas o juiz analisará todos os fatos alegados pelas partes e decidirá através de uma sentença se o pedido é procedente, ou improcedente.

³² “Concetto de cognizione – Il termine de cognizione (processo de cognizione) corresponde a quello più modesto e più chiaro Del vecchio codice: <<ordine e forma dei giudizi>>. Il mutamento deriva dalle elaborazioni dottrinali e vuol segnare una specie di contra sposizione al processo di esecuzione, Che dà la matéria al terzo libro del c.p.c. si tratta di contrapposizione formali, che non presentano alcun interesse, perchi tra i due termine non vi è alcuna omogenità. La contrapposizione potrebbe allora essere stabilita com i molteplici procedimenti speciali, di cui si há una disciplina nel IV libro: e com cio rivelerebbe la sua inutilità. In sostanza, il termine di cognizione è adoperato nel secondo libro del c.p.c. unicamente come sinônimo di giudizio”. (CARMINE, Salvatore Satta. 2000, p. 265).

O Processo de Conhecimento, segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 302) é aquele que provoca o juízo, em seu sentido mais restrito e próprio: através de sua instauração, o órgão jurisdicional é chamado a julgar, declarando qual das partes tem razão. O objeto do processo de conhecimento é a pretensão ao provimento declaratório denominado sentença de mérito.

Humberto Theodoro Junior (2000, p.130) nos ensina que se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo aplicável é o de conhecimento ou cognição, que deve culminar por uma sentença definitiva ao pedido formulado pelo autor.

Assim, verifica-se que o processo de conhecimento nada mais é que o meio de se levar um conflito (lide) ao conhecimento do magistrado, para que este possa analisá-lo e decidi-lo de acordo com as normas e princípios do direito.

3.1.2 Processo de execução

O processo de execução é utilizado para que seja cumprida a obrigação de fazer, ou seja, que se cumpra a sentença de uma decisão condenatória (de conhecimento), daquele que resista à espontânea observância do provimento jurisdicional, deve-se cumprir a pretensão insatisfeita, ou melhor, dizendo, é o meio de realizar de forma prática a pretensão a que corresponde ao direito da parte sendo este líquido, certo e recorrível.

Em suma como alude Luiz Rodrigues Wambier (2002, p.106), “para atuar concretamente o provimento de mérito proferido em processo de conhecimento condenatório anterior é que existe o processo de execução”. Trata-se de cumprir o comando existente na sentença, sendo este considerada título judicial.

Através de um título líquido, certo e exigível, busca se uma prestação jurisdicional destinada a tornar efetiva a pretensão do autor. Aqui, salientam Cintra, Grinover e Dinamarco (2002:314) que *o juiz não aprecia o mérito, reservando-se o conhecimento desse para eventuais embargos* (CPC, art. 741,VI), pois quando se trata de título executivo judicial, o mérito já foi apreciado no processo de conhecimento.

Face às modificações introduzidas ao Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a execução de título judicial agora é tratada por liquidação de sentença no artigo 475, alíneas “a” a “r” do Código de Processo Civil. O artigo 475-N estabelece quais são os títulos executivos judiciais³³. As sentenças que não trazem caráter condenatório, como a que reconhece a existência de uma obrigação, "não mais dependem de processo de execução, tratando-se de uma simples fase de execução (subseqüente) que integra o próprio processo cognitivo (denominado de cumprimento da sentença)". Seguindo esta linha de raciocínio compreende-se que quando for a sentença mandamental ou executiva lato sensu, que é o caso do referido artigo 475-N, não se trata mais de execução de sentença, mas de cumprimento de sentença (artigo 621, caput e 644). Com isso, tem-se também que as sentenças que ordenam fazer, não fazer ou entrega de coisa não mais extinguem o processo de conhecimento (artigo 162, parágrafo primeiro), mas permitem a instauração de uma fase de procedimento.³⁴

³³ **Art. 475-N.** São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV – a sentença arbitral;

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

³⁴ O Código de Processo Civil não mais se refere a sentença condenatória, mas a sentença que reconheça a existência de obrigação, o que confere eficácia executiva também à sentença declaratória, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro, não há como insistir no dogma de que sentenças declaratórias ‘jamais’ têm eficácia executiva. O art.4.º, § ún., do CPC considera ‘admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito’, modificando, assim, o

3.1.3 Processo cautelar

O processo cautelar tem como finalidade à proteção do direito para que o final do processo a decisão não seja ineficaz.

Tanto no processo de conhecimento como no processo de execução ocorrerá uma “demora” necessária para o desenvolvimento dos mesmos, desta forma o pedido do autor não será imediatamente analisado, podendo haver, portanto um risco do esvaziamento do resultado do processo, em razão do tempo ou de atos do réu tendentes a sua frustração.

Assim o processo cautelar, visa assegurar os resultados do processo de conhecimento bem como o de execução, ameaçados pela demora da prestação jurisdicional.

O Processo Cautelar consiste numa atividade subsidiária com finalidade de garantir que os demais sejam úteis; sua função acautelatória garante o resultado prático do processo principal. Podendo ser preparatório ou incidental, o processo cautelar³⁵ tem por finalidade a obtenção de medidas e provisórias para assegurar e proteger direitos ameaçados de lesão grave de difícil reparação, seja, por circunstâncias causadas pelas partes ou pela demora na prestação jurisdicional.

padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representa atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualitativo, menos o de jurisdicional” (RSTJ 181/117: REsp 587.061, 1ª T.).

³⁵ Assim lembra Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “No processo cautelar, prevenção do dano dá-se sem interferência do plano do direito material, nele não se verificando efeito antecipado da futura sentença de mérito. A ordem cautelar atua no plano sensível com caráter puramente satisfativo, destinado apenas a garantir o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução. Já na hipótese do art. 273 não basta penas conservar para garantir a insatisfação decorrendo estado antijurídico, mostrando-se necessária a antecipação, total ou parcial, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento.” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 4º ed., 1999. V. VIII, t II, p. 10). Contra Ovídio Baptista da Silva, em seu Curso de Processo Civil, Forense, v.III, para quem a cautela se presta à proteção do direito material falando-se em um direito material de cautela. Os argumentos do professor gaúcho podem ser acolhidos desde que a cautela não tome uma feição satisfativa. Assim, é possível alvitramos a cautela ao direito material e não necessariamente ao resultado útil do processo, contudo, a cautela não poderá tomar as vezes da tutela satisfativa, embora se permite reconhecer-lhe um caráter autônomo.

Para a validade do processo cautelar devem estar presentes as condições da ação segundo o código de processo civil e os requisitos para a tutela cautelar que possuem como fundamento os artigos 3º e 267, inciso VI. São eles:

- *Periculum in mora* que é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora do ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva.
- *Fumus boni iuris*³⁶ consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica sua proteção. O juízo é de mera probabilidade em torno do direito, mas não se trata de prognóstico de resultado favorável ao autor da ação cautelar.

Assim, estando presentes os requisitos, pelo autor através de uma medida cautelar garantir a eficácia do processo principal a fim de evitar lesão grave ou o dano de difícil reparação.³⁷

3.2 Procedimento

O procedimento é o mecanismo pelo qual se desenvolve o processo da jurisdição, ou seja, é o caminho a ser seguido.

Para Humberto Theodoro (2005, p.304), “o procedimento é a exteriorização da relação processual e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser”.

³⁶ Conforme nos dá conta *Theodoro Júnior*, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 26 ed. 1999, v.II, p. 371: "Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência se mostram plausíveis de tutela no processo principal".

³⁷ Significa dizer que assim como as condições da ação no processo de conhecimento, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são verificados levando em conta uma probabilidade de existência levando em conta a narrativa da inicial. Descabe ao magistrado na cautela aprofundar-se em questionamentos acerca deste direito acautelado. Ver *Nelson Agnaldo dos Santos Moraes*, A Técnica de Elaboração da Sentença Cível, Saraiva 1998, p. 130.

3.2.1 Procedimento no processo de conhecimento

Em se tratando de processo de conhecimento o Código de Processo Civil divide-se em dois procedimentos a serem aplicados:

a) Procedimentos Especiais

- Jurisdição Contenciosa;
- Jurisdição Voluntária;

b) Procedimentos Comuns

- Ordinários;
- Sumario;

3.2.2 Procedimentos Especiais

Os ritos especiais são procedimentos próprios para determinadas causas selecionadas no livro IV do Código de Processo Civil e em leis extravagantes.

Com destaque, têm-se os Juizados Especiais previsto na Lei 9099 de 26/09/1995, que são órgãos específicos instituídos para cuidar de causas de menor complexidade.

Foram a eles atribuídas as causas de valor de até quarenta vezes o salário mínimo e todas aquelas que figuram no inciso II do artigo 275 do Código de processo civil.

Porém, a competência dos Juizados Especiais não alcança interesses da Fazenda Públicos, nem relativos aos resíduos do direito sucessório e obrigações falimentares, as que envolvam matérias de diretos falimentar, fiscal, acidentário, bem como os ligados ao estado da pessoa ainda que digam respeito ao patrimônio.

Vale esclarecer que as pessoas jurídicas de Direito Privado possuem legitimidade passiva, porém não possuem a legitimidade ativa, ou seja, não possuem legitimação para demandar no Juizado Especial o artigo 8º § 1º da Lei 9.099/95.

Não podem fazer parte nem do pólo passivo e ativo, ou seja, não utilizar de tal procedimento:

- a) o incapaz,
- b) o preso,
- c) as pessoas jurídicas de direito público,
- d) as empresas públicas,
- e) a massa falida,
- f) os insolventes civis,

O Juizado Especial foi previsto como uma opção e não uma obrigação, cabendo ao autor escolher a tramitação de sua ação, podendo a mesma ser feita pelo rito sumário explicitado no código como veremos a seguir ou através do rito oral e sumaríssimo do Juizado.

Existe a jurisdição contenciosa e a voluntária. A primeira consiste na solução de litígios, encontra-se em uma associação de um processo de conhecimento e execução, gerando uma só relação processual, um complexo de atividade que configuram ações “*lato sensu*”.

Por outro lado, a voluntaria, é a jurisdição que se refere apenas a administração judicial de interesses privados não judiciais. Não há processo e sim apenas e tão somente procedimento.

O Juiz não exerce função jurisdicional apenas administra visto que a lei exige sua participação para que possa ser aperfeiçoado e assim produzir eficácia.

Tem-se como exemplo: autorização judicial para bens menores, nomeação de tutores e outros.

3.2.3 Procedimento comum

O procedimento comum é o adotado por exclusão, visto que se aplica nas causas não previstas em lei processual, não possuindo desta forma rito especial conforme artigo 272 do Código de Processo Civil.

Art. 272 o procedimento comum é o sumário e o ordinário.
Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem – se pelas disposições que lhes são próprias aplicando-se lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.

3.2.4 Procedimento Ordinário

É o rito que possui a verdadeira função do procedimento comum, por ser o rito mais completo, por seu grande alcance permiti as partes e ao Juiz pesquisar a verdade real e encontra a justa composição do litígio.

Há determinadas ações, como por exemplo, as possessórias, cujo rito não permite o procedimento sumário ou de execução.³⁸

Tal procedimento se divide em quatro fases, postulatória, instrutória, saneadora e decisória.

Caso tal procedimento não seja aplicado corretamente, compete ao Juiz ordenar a adaptação da causa ao procedimento pertinente, estando o processo em qualquer fase aproveitando os atos já praticados, dos quais não tenha decorrido prejuízo as partes.

³⁸ “Às ações possessórias não se aplicam as normas do procedimento sumário (v. art. 272, §ún.; neste sentido: RT 496/169) nem as do processo de execução” (RSTJ 143/375; STJ – 3.ª T.).

Se o processo vir a ser julgado através de um rito diferente daquele previsto em Lei, se não houver prejuízo algum ao contraditório e a ampla defesa o mesmo não poderá ser anulado.

O que deve ser analisado em relação ao procedimento não é o nome dado à ação, mas sim apurar a compatibilidade entre o pedido e o rito, podendo vir a ser aplicado o princípio da fungibilidade em alguns casos.

3.2.5 Procedimento Sumário

O rito sumário vem disposto erroneamente como um procedimento comum, tendo em vista que para efetivação do mesmo faz – se necessário aplica – lo a certas causas em razão do valor ou matéria.

Existindo então um critério próprio conforme preceitua o artigo 275 do Código de Processo Civil, assim sendo, deveria estar tal procedimento entre os procedimentos especiais.

Feita esta ressalva, trataremos de explicar o procedimento em tela, começando a aludir quais causas poderão ser submetidas a esse rito, estando às mesmas no rol do artigo 275 do Código de Processo Civil:

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

I – nas causas cujo valor não exceda A 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

II – nas causas, qualquer que seja o valor³⁹:

- a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;
- b) de cobrança ao condomínio de quaisquer quantias devidas ao condomínio;
- c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;
- d) de ressarcimento por danos, causados em acidentes de veículos de via terrestre;
- e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;
- f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;
- g) nos demais casos previstos em lei.

³⁹ As causas relacionadas a esse inciso também podem ser propostas no Juizado Especial, conforme Lei do Juizado Especial (LJE), artigo 3.º, inciso II.

Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas.⁴⁰

Em relação ao limite pecuniário das ações de rito sumário, deve-se salientar que o salário mínimo será aquele vigente na data da propositura da ação, não se aplicando ao rito sumário os casos que envolvam ações relativas ao estado e capacidade da pessoa que sempre serão propostas através do rito ordinário ou rito especial.

Caso o valor da causa seja menor do que sessenta vezes o salário mínimo, e esta ação possuir rito especial, não será possível a aplicação do rito sumário.

As alíneas são exemplificativas, portanto não são os únicos meios nos quais pode ser enquadrado o procedimento em tela, assim temos outras situações, conforme citado na obra de Humberto Theodoro Júnior:((2005, p.313)

- 1) ação de adjudicação compulsória, gerado por compromisso de compra e venda irrevogáveis de imóveis;⁴¹
- 2) ação de cobrança de indenização de coberto por seguro obrigatório de veículos;
- 3) ação de acidentes de Trabalho;⁴²
- 4) ação de usucapião especial;
- 5) ação discriminatória;⁴³
- 6) ação revisional de aluguel;⁴⁴
- 7) ação de representante comercial e representado.

3.2.5.1. Estrutura do procedimento sumário

As fases do procedimento sumário não são bem demarcadas, sendo este rito mais concentrado e simplificado, salvo exceção da petição inicial, todos os trâmites legais devem ser realizados em duas audiências sendo estas de Conciliação e Resposta bem como a de Instrução e Julgamento.

⁴⁰ Às ações de procedimento especial (artigos 890 a 1210 do Código de Processo Civil) independente de seu valor, não se aplica o procedimento sumário.

⁴¹ Dec. Lei 58, de 10.12.37, art. 16º caput”, na redação da Lei 6.014, de 27.12.73, no tit. Promessa de Compra e Venda e Loteamento.

⁴² Lei 8.213, de 24.7.91, art. 129-II.

⁴³ Lei 6.383, de 7.12.76, art. 20.

⁴⁴ LI 68 – “caput”.

O procedimento tem início com a petição inicial conforme dita o artigo 276 do Código de Processo Civil e será nela que o autor exporá os fatos, os fundamentos jurídicos, indicará as provas, oferecerá o rol de testemunhas⁴⁵ e de documento, o pedido do depoimento pessoal do réu e o requerimento da perícia assim como do assistente técnico, caso necessário.

46

Para que a petição não seja considerada inepta deverão estar presente todos os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil,⁴⁷ a particularidade tem como o foco o rol das testemunhas e provas que deverão estar contidas sob pena de preclusão, ou seja, perda de direito.

Como já visto o artigo 272 do Código de processo civil (parágrafo único), contém as regras pertinentes aos pedidos e ao ajuizamento da causa que são os mesmos previstos para o rito ordinário, cujas disposições gerais se aplicam subsidiariamente ao rito sumário.

No despacho da inicial o Juiz deve citar o réu, deverá o autor estar presente ou representado pelo seu preposto já que haverá a tentativa de conciliação. Também designará o juiz a data da audiência com o prazo máximo de trinta dias.

Pode também o magistrado indeferir a petição nos casos previstos no artigo 295 do Código de Processo Civil ou mandar que seja emendada ou complementada a mesma no prazo de dez dias com base no artigo 284 do Código de Processo Civil.

⁴⁵ “Nas causas sob procedimento sumaríssimo, há preclusão se o autor não arrola suas testemunhas quando do ajuizamento da causa”. (RT481/82, RJTJESP 39/61, 63/139, JTJ 155/117, JTA 62/282, 65/234, 69/223, 90/348.

⁴⁶ “Na redação anterior deste artigo, o autor deveria apresentar desde logo todos os documentos relativos a ação. Como esta exigência foi suprimida, aplicam-se os artigos 396 e 397: somente os documentos indispensáveis à propositura da ação é que devem acompanhar a inicial (art. 283). À falta destes, o autor deverá ser intimado a apresentá-los (art. 284), sob pena de indeferimento da inicial (art. 284, § ún.) ou extinção do processo”. (NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, 2007, 39ª ed., p.416).

⁴⁷ Art. 282 CPC: A petição inicial indicará:

- I- o juiz ou tribunal a que é dirigida;
- II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
- III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- IV – o pedido, com as suas especificações;
- V - o valor da causa;
- VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII- o requerimento para a citação do réu.

A análise de cabimento de provas ocorrerá em audiência depois de ouvido o réu e não obtida a conciliação.

O réu é citado para que ofereça sua defesa caso isso não ocorra serão presumidos verdadeiros os fatos alegados, ou seja, há revelia.

Neste procedimento as respostas cabíveis ao réu são: a contestação e a exceção, a reconvenção foi vetada⁴⁸. Assim como nas ações tramitadas nos Juizados Especiais o que pode ser feito é o pedido contraposto.

A resposta do réu pode ser feita oralmente ou por escrito e só pode ser produzida depois de frustradas a tentativa de conciliação, deve ser feita em audiência por um advogado caso contrário não terão validade.⁴⁹

Em se tratando de uma exceção (tipo de resposta do réu) não podendo a mesma ser solucionada pelo juiz, suspender – se – á o processo impedindo a audiência de instrução e julgamento até o saneamento da exceção.

Fracassada a tentativa de conciliação, se ainda houver necessidade para a coleta de prova oral para dirimir a lide, será viável a audiência de instrução e julgamento sendo isso em regra. (art. 278, § 2.º).

Caso o juiz verifique que deve extinguir o processo por falta insanável de pressupostos processuais ou de condições da ação, (artigo 267, IV e VI) ou que deve proferir julgamento da lide, por desnecessidade de prova oral visto que há prova documental suficiente, sendo assim presumida a verdade depois de oferecida a contestação não será marcada nova audiência.

⁴⁸ “As ações de procedimento sumário são consideradas dúplices. Por este motivo, não comportam reconvenção; mas, na resposta, o réu poderá formular pedido, em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial. Derrogado o parágrafo 2. do art. 315 pelo parágrafo 1. do artigo 278 do CPC com a edição da Lei 9.245/95, cabível é apreciação de ‘pedido reconvenicional’ postulado, em ação de rito sumário, na contestação”. (JTJ-RT 768/181).

⁴⁹ “O comparecimento do réu à audiência não supre a revelia, que se consuma pela não produção de defesa por advogado, nos termos do art. 36”. (RF 246/358). No mesmo sentido RT 502/93 e 706/103.

Em audiência será permitida a parte o debate oral por seus procuradores após coleta das provas orais.

A sentença em princípio deveser ser proferida pelo juiz em audiência, caso não seja possível terá o prazo de dez dias depois da audiência final para prolatá-la com base no artigo 281 do Código de Processo Civil.⁵⁰

Quando existir erro em relação á forma, o juiz deve acatar os atos úteis e adequar o rito. Ao determinar a conversão, ou seja, a mudança do rito sumário em ordinário, há a abertura de prazo para que o autor complemente a petição, fazendo a juntada do rol de testemunhas, para que não ocorra dano as partes, senão o fizerem no momento oportuno, não terá como fazê-lo no novo procedimento.

Caso o juiz não perceba o erro e julgue o processo em procedimento diverso não haverá anulação pelo Tribunal, salvo se houver prejuízo às partes.

3.2.6 Processo Cautelar

O processo cautelar é uma atividade subsidiaria, que visa garantir a efetividade dos processos de conhecimento e de execução, sendo seu resultado especifico de cunho acautelatório, provimento assegurado do resultado do processo principal.

O processo cautelar e seu respectivo procedimento surgiram com o fito de evitar que o dano sobre o qual se controverte autor e réu seja agravado por certas circunstancias, dentre as quais a inoportunidade do provimento jurisdicional definitivo.

Logo, deve ser utilizado se houver risco de alteração no equilíbrio das partes no processo, antes da solução definitiva da lide. Sua finalidade é conservar o estado fático e

⁵⁰ Art. 281: “Findos a instrução e os debates orais, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou no prazo de dez (10) dias”.

de direito, em caráter provisório e preventivo, para preservar a eficácia e utilidade da prestação futura.

Anteriormente a existência do instituto da tutela antecipada, tornou-se prática comum no mundo jurídico, utilizar a ação cautelar inominada, com caráter satisfativo, fundada na probabilidade de um futuro provimento favorável, para obter a antecipação provisória da tutela final pretendida.

Portanto, utilizava-se a ação cautelar não somente para aquele fim acessório, que lhe é próprio, de garantir a eficácia do processo principal, mas para alcançar, desde já, o objeto principal da lide, se confundido, portanto, com a tutela antecipada.

Era comum, desta forma, em tais casos, que uma vez antecipado o deferimento do pedido principal, por meio de ação cautelar inominada, restava ao processo de conhecimento apenas e tão somente ratificar ou desconstituir a tutela já obtida.

Dessarte, é por tais motivos que ainda hoje alguns confundem a cautelar com a tutela antecipada, o que não deve ser levado a efeito, uma vez que, cada qual a sua maneira, ambas são tutelas de urgência.

3.2.7 Tendência processual pós-moderna

É importante destacar ainda que a efetivação dos direitos, via de regra, ocorre em três fases antagônicas entre si, como ensina Vicente Greco Filho (2002, p. 28) quais sejam: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição.

A primeira se caracteriza pela ausência de um Estado forte, consistindo em emprego de força para a obtenção do bem da vida almejado, isto é, ocorria a “justiça pelas próprias mãos”, ou ainda “olho por olho, dente por dente”. De acordo com Wambier (2003, p. 39): “nos primeiros tempos da civilização, aqueles que se vissem envolvidos em qualquer tipo

de conflito intersubjetivo poderiam resolvê-lo por si mesmos, do modo que fosse possível, realizando aquilo a que hoje se denomina autotutela”.

Não havia nessa fase a noção de Estado de Direito, os conflitos eram resolvidos de forma autônoma sem a intervenção Estatal, pela parte que se sentia lesada, a qual na maioria das vezes se utilizava de meios torpes para castigar ou para reaver seus direitos, objeto de litígio e conflitos de interesses.

Posteriormente à autotutela, a nova fase processual, era a autocomposição, a qual se efetivava por concessões recíprocas, nas quais cada um dos pólos jurídicos renunciava a parte do bem almejado, para que se chegasse a uma solução pacífica do conflito existente, conforme Greco Filho (2002, p. 28): “as partes abririam mão de seu interesse ou de parte dele, de forma que, por meio de concessões recíprocas, seria possível chegar à solução dos conflitos, é o que se chama de autocomposição”.

Um exemplo clássico de autocomposição é a arbitragem, onde as partes nomeavam um árbitro para que este, desprovido de qualquer parcialidade, objetivando a composição do litígio, extinguindo assim a discórdia entre as partes. De acordo com Wambier (2003, p. 40): “[...] a arbitragem passou a ser obrigatória, de modo que os envolvidos no conflito deveriam necessariamente submeter-se a uma solução criada por terceiro desprovido de interesse direto no objeto daquele conflito”.

Dessarte, a arbitragem foi, por muito tempo, o meio utilizado pelos litigantes para obter a tutela de seus direitos, incumbindo a um terceiro a pacificação de conflitos.

Por fim, a jurisdição, sistema imposto pelo Estado Democrático de Direito, onde este detém o monopólio da tutela, passou a vigorar, ou seja, conforme preleciona Néilson Nery Júnior (2006, p. 38):

[...] o Estado é o encarregado de dizer, o direito entre as partes, obrigando a parte vencida a acatar a decisão, ou seja, estabeleceu-se a jurisdição, como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.

Portanto, jurisdição é a fase do surgimento do Estado de Direito, Estado este que monopolizou o poder de dizer o direito aos diversos casos concretos, coibindo a prática de qualquer dos atos descritos nas fases anteriores a esta, salvo em casos expressamente autorizados por lei.

Outrossim, com a disposição moderna do Estado Democrático de Direito, compete ao poder judiciário a instituição do equilíbrio, da segurança e paz social, evitando-se assim, como dito alhures, a efetivação da autotutela.

Desta forma, possuem as partes o direito de exercer a pretensão a tutela por meio da ação, ao se exercer essa pretensão a tutela, nascerá também, para o autor da ação, o direito a ação processual, que lhe garantira – sendo a sentença procedente – a satisfação do direito pleiteado.

Nas lições de Marinoni (2006, p.29):

[...] não há como duvidar que a ação deve ser conformada a partir da tutela jurisdicional do direito. Ao propor a ação, o autor afirma o direito e a existência de uma situação de ameaça ou de lesão para, com base nelas, pedir a tutela jurisdicional do direito e o provimento [...].

Contudo, inúmeras são as dificuldades enfrentadas por quem se dispõe a pleitear a tutela jurisdicional do Estado, na tentativa de obter proteção a um direito lesado ou ameaçado, devido à morosidade no processo de cognição plena, que atravança toda e qualquer tentativa de obtenção célere de um direito em litígio.

Consoante se depreende das varias reformas processuais pelas quais passou o processo civil brasileiro, nota-se a tendência do legislador a encurtar caminhos, ou seja,

tentar celerizar o processo, visando o efetivo acesso à justiça, e isso tem ocorrido também por meio das tutelas diferenciadas que é a grande coqueluche processual da atualidade.

Muito embora, já existisse a tutela cautelar e todo um capítulo versando sobre o assunto no Código de Processo Civil em vigor, a tutela de urgência, especificamente a tutela antecipada, tem tomado o lugar daquela, inclusive por ser menos burocrática e não precisar de um processo e procedimento específico, podendo, preenchidos os requisitos legais ser pleiteada dentro de um processo de conhecimento, por exemplo.

Logo, há uma tendência de sumarizar o processo e conseqüentemente o procedimento visando diminuir a morosidade processual e potencializando a busca pela efetividade jurisdicional.

Há uma tendência dos magistrados em proferir decisões provisórias no curso do processo (antecipação da tutela) em atendimento ao anseio do jurisdicionado, garantindo a eficácia do processo, e nos casos previstos e autorizados pela norma vigente, adiantando o seu resultado.

No entanto, a tendência de sumarizar o processo, remonta ao direito romano, já visando uma maior efetividade processual.

Para Marinoni (1994, p. 356): “A redescoberta das tutelas anteriores à Revolução Francesa, sob as vestes da tutela cautelar, portanto, decorre da não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade”.

Nesse sentido também é o entendimento de Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 26), o qual compartilha da opinião de que já havia, desde essa época, a tendência de sumarização processual⁵¹.

De acordo com Lamy, parafraseando Ovídio Batista da Silva (LAMY, 2004, p. 26): “É a consagração da ordinariedade e o repúdio a todas as formas de execução

⁵¹ Contra a ineficiência e a lentidão do procedimento ordinário, utilizava-se a tal tutela cautelar não apenas como meio de assegurar a eficácia do julgamento de mérito obtido ao final do processo de conhecimento, mas também como forma de sumarizar tal procedimento, embora não se percebesse ou não se admitisse essa finalidade.

antecipada, porventura outorgada em provimentos liminares. Suprimem-se, na verdade, as liminares executivas, reintroduzindo-as como cautelares”.

Para Dayse Coelho de Almeida⁵² (2008):

A expectativa social contrapõe-se ao padrão ortodoxo do processo cognitivo, a exemplo da grande aceitação dos Juizados Especiais, mais céleres, baratos e informais em essência. A nova feição processual está galgada na maior proximidade do cidadão com o Judiciário. Não se defende aqui o abrandamento da ampla defesa e do contraditório, mas o ajuste da espécie de direito em discussão.

A tendência de sumarização é evidente, ainda mais quando se observa que o nosso Código de Processo Civil é um dos poucos a abrigar sistematização própria para as tutelas emergenciais no mundo. O significado maior é a vitória da verossimilhança sobre a cognição exauriente, em razão do princípio da razoabilidade, economia e instrumentalidade dos atos e formar processuais.

Porém, é extremamente importante analisarmos com cuidado o excesso de cautelares, liminares e tutelas antecipada com o fito de não conturbar o processo e tampouco sumarizar em excesso, uma vez, ocorrendo tal fato, as medidas hoje existentes, perderão a sua eficácia plena, se tornando um amontoado de boas intenções como tantas outras já existentes, sem efetiva ação.

3.3. A constitucionalização do processo

Não podemos olvidar, a despeito da busca pela efetividade processual, de toda e qualquer ação, bem como não pode haver um rigorismo exagerado as formas, sob pena de não ver, realmente, efetivado o direito almejado.

Não há como pensar numa incomunicabilidade entre o direito público e o privado, posto que possuem entre si uma ligação, quer por inspiração e eco constitucional para as novas ordenanças da vida civil ou comercial, quer em face da já citada

⁵² On-line – 15/05/2008

constitucionalização de diversas diretrizes provenientes do direito privado, quer ainda em virtude da interpretação conforme a Constituição.

Em suma, mais do que “constitucionalização do direito civil” ou da “privatização do direito constitucional”, o que importa é manter aberto o canal de diálogo entre estes ramos do saber jurídico.

Nesse afã, temos que há uma constitucionalização do processo, posto que o devido processo legal, sem o qual não há a busca efetiva da justiça, esta previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal esta previsto, portanto, na constituição, mas e operacionalizado nos códigos pátrios. Daí porque se entende que há uma constitucionalização do processo.

O princípio do devido processo legal deve ser interpretado de forma genérica como uma ampla garantia aos direitos à vida, liberdade e propriedade de todas as pessoas. Esse princípio tem por fim a proteção individual por meio de uma limitação posta ao poder. Possui, contudo, um conceito vago.⁵³

O devido processo legal é gênero do qual são espécies: Princípio da isonomia (art. 5º, caput, I, CF); Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF); Princípio do duplo grau de jurisdição; Princípio do contraditório e ampla defesa

⁵³ Nesse sentido, Arruda Alvim (2005, p. 74) pondera com maestria que “há idéias que, em si mesmas, dificilmente, comportam uma definição. Mais ainda, se definidas forem, seguramente – agora no campo da operatividade do direito – passam a deixar de ensejar, só por isso, o rendimento esperado de um determinado instituto jurídico que tenha sido traduzido por meio de conceito vago. Com os valores, que são idéias indefiníveis (aporias e, portanto, inverbalizáveis), o que ocorre é que devem ser indicados por conceitos vagos; não são nem devem ser propriamente conceituados, mas devem ser apenas referidos, pois é intensa a interação entre eles e a realidade paralela, a que se reportam. Não há como fazer que fiquem adequadamente cristalizados num texto de lei, ou que sejam verbalizados de forma plena na lei posta. Isto sempre ocorreu. Para perceber a dificuldade (senão impossibilidade), conducente a resultado fatalmente frustrador, em definir, tanto bastará recordar que, nos Estados Unidos, até hoje, não se definiu – e deliberadamente não se pretendeu definir -, exaustivamente, o que seja e, muito menos, qual o efetivo alcance que tem a expressão *due process of Law*, conforme informa a literatura, em mais de uma oportunidade.

(art. 5º, LV, CF); Princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX; art. 93, IX, CF); Princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF); Princípio do Juiz natural e do Promotor natural (art. 5º, XXXVII, LIII, CF); Princípio da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF); Princípio da celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF).

Não tem apenas atuação no processo, funcionando como freio a qualquer ação que se caracterize como abusiva ameaçando ou ferindo a vida, a liberdade e a propriedade em todos os seus aspectos.

A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual. Tem sentido genérico e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process*⁵⁴ e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.

Assim, no seu aspecto substancial, o devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito.

O devido processo legal substancial – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade e de racionalidade, devem guardar um real e substancial nexó com o objetivo que se quer atingir.

É através dele que o Poder Judiciário resguarda a sua independência como poder político e protege eficazmente o indivíduo, em suas garantias constitucionais básicas, contra a intrusão e a opressão do Estado, veiculadas pelas leis ou atos administrativos.

Para o substantivo devido processo, a lei deixa de ser um instrumento afirmativo, positivista, modeladora da sociedade (norma de injunção futurista), para ser encarada pela sua concepção negativa, ou seja, no sentido de que o governo não pode

⁵⁴ Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon (2002, p. 243) o devido processo legal substancial é “uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os landmarks do regime democrático”.

interferir em determinadas áreas sensíveis do direito, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público, que o compele, coativamente, a agir, restringindo direitos, sem, contudo, anulá-los completamente.

O devido processo legal processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

Pela dimensão processual afere-se a aplicação do princípio da igualdade dentro de uma ação em curso, notadamente pela garantia da prévia defesa, com iguais oportunidades para a prática de todos os atos processuais, o que inclui o contraditório, falando o réu por último.

Refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica.

Na essência, o devido processo legal procedimental tem sido usado para proteger aqueles princípios fundamentais de liberdade e justiça que se encontram na base de todas as nossas instituições civis e políticas e para garantir aqueles procedimentos que são exigidos para a proteção última da decência numa sociedade civilizada.

Insta salientar por oportuno que, estando previstos no artigo 5.º e seus incisos, os princípios que operam o processo civil, são protegidos pela Constituição, logo, são considerados direitos fundamentais.

Momentos haverá em que se fará notar conflito entre dois direitos de dois ou mais titulares, a exigir a aplicação do princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas, para harmonia dos comandos constitucionais.

J. J. Gomes Canotilho, em sua obra, *Direito Constitucional*, (1999, p. 643-647), estuda a questão da colisão de direitos, prelecionando:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza [...].

Ainda de acordo com Canotilho (*Ibid.*, p. 647), na abordagem final do tema, anota:

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de optimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de solução de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A ponderação e ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müller), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: princípio da concordância prática (Hesse); idêia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (Lerche). Cfr. por último, F. Kaulbach, *Experiment, Perspektive und Urteilskraft bei der Rechtserkenntnis*, in *ARSP*, 1989, p. 455. Cfr. O nosso artigo *Direito Constitucional de Conflitos*, in *RLJ*, ano 126 e, ainda, Vieira de Andrade, *O dever de Fundamentação*, p. 126.

Referidos conflitos serão solucionados através de um processo de cognição, com análise do caso concreto e de todos os direitos e princípios envolvidos.

Do princípio do devido processo legal decorrem outros princípios como o da garantia de efetivo acesso ao Judiciário. O legislador ao “instituir a tutela antecipada de forma

genérica” visou assegurar este efetivo acesso, sem “descuidar da bilateralidade da audiência e da ampla defesa”. (Eduardo Arruda Alvim, 2007, p. 41).⁵⁵

Obviamente que haverá casos nos quais a antecipação da tutela será concedida sem prévia audiência, e às vezes até mesmo antes da citação do réu, visando o efetivo acesso ao Judiciário.^{56/57}

3.4 O processo civil e a ordem jurídica justa

Em razão dos vários conflitos e litígios surgidos através dos tempos entre os indivíduos, a postura doutrinária do século passado, a qual previa um processo extremamente técnico, deve ser revisada, repensada, uma vez que a função social do processo é a nova pragmática do processo civil contemporâneo.

No século passado (século XX), o Estado de Direito é caracterizado pelo Estado meramente legal.

O respeito ao Direito suprallegal, natural, superior e anterior ao próprio Estado dá lugar ao primado da lei pela lei, ao direito que está posto, não se levando em

⁵⁵ Nesse sentido de garantir dentro do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, inclusive em processos administrativos, decidiu o STJ: “1. O ato de aprovação ou rejeição de contas de agente político, governador do Estado, é ato próprio da Assembléia, não podendo nele imiscuir-se o Judiciário, a quem compete tão-somente o controle da legalidade. 2. Diferentemente, o parecer do Tribunal de Contas é emitido à vista de um processo administrativo, exigindo-se que nele se observe a ampla defesa e o contraditório (...) (ROMS 11.032/BA – Rel Min.^a Eliana Calmon – j. em 17.10.2000). No mesmo sentido é a Súmula vinculante n.º 03 do STF: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

⁵⁶ “Tutela antecipatória. Concessão antes da citação do réu – Admissibilidade, pois não se trata de juízo finalístico no processo. Quando a lei criou o instituto da antecipação da tutela jurisdicional, à similitude das cautelares, não impediu que ela fosse outorgada antes da formação da triangularidade processual, bastando haver adinículos probatórios, de pronto, anexados ao exórdio. Provas boas, firmes e formadoras de certa convicção bastam para o deferimento da antecipação da tutela, mesmo porque não se trata de juízo finalístico”. (TAMG – 7.^a Câ. Civ. – AI 241.169-4 – Rel. Juiz Quintino do Prado – j. em 18.09.1997 – RT 749/418).

⁵⁷ “Tutela antecipatória. Deferimento sem a audiência da parte contrária – admissibilidade somente quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar – Inteligência do art. 273 do CPC”. (TJSP – 3.^a Câ. De Dir. Prov. – AI 099.766-4/9 – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. em 02.02.1999 – RT 764/221).

consideração os princípios consagrados pela sociedade até então. Não mais se dá ouvidos ao “justo”, às noções primeiras de justiça e injustiça. A lei passa a ser mero instrumento político, manipulado ao sabor dos interesses da classe que domina o Estado naquele momento e lugar.

Evidencia-se, por completo, o total descumprimento da função primeira do Estado de Direito, que era a manutenção dos direitos básicos do ser humano e a limitação do Poder estatal. A limitação do poder do Estado não mais existe, já que é este quem determina, pela lei que estipula, o que é certo ou não, desvinculando-se por completo dos ideais de justiça, de liberdade e de igualdade propugnados pela sociedade, e que serviam de esteio ao Estado de Direito. O soterramento dos ideais propugnados pelo Estado de Direito se deu, em grande medida, pelo chamado Estado Legal.

No Estado meramente legal, conforme nos ensina Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2001, p. 153): “[...] conta a simples verificação de competência de uma eventual e sempre instável maioria legislativa para produzir a lei, independentemente do conteúdo de justiça ou de injustiça que tal lei possa representar”.

Vale tão-somente o que a classe dominante, naquele tempo e lugar, estipula e dita como sendo o correto e o legal, o que só evidencia o total desvirtuamento do papel do Estado para com a sociedade. Estamos sempre na dependência do que os políticos de plantão irão estabelecer, mesmo sabendo dos engodos e conchavos que existem por detrás desta ou daquela determinação por eles firmada, o que, convenhamos, não condiz nem mesmo com o mais comezinho dos interesses da sociedade.

Eis, grosso modo, um dos problemas mais sérios e intrincados vividos pelo por uma imensa gama de Estados nacionais – a dependência quase que total da elite política, que detém em suas mãos missão para a qual não tem, infelizmente, competência suficiente para fazer valer os ditames de um verdadeiro Estado de Direito.

A par do já considerado, tem-se que os princípios que norteavam o Estado de Direito, conforme destacado alhures, acabam por se esvaziar – tudo o que havia sido conquistado e consagrado pela sociedade, foi afastado, posto de lado, já que ao Estado caberia tão somente criar o direito, sem critério algum de justiça, ao sabor dos interesses e privilégios de uma maioria dominante momentânea.

É o Estado promovendo a apoteose do positivismo que, ao pôr de parte o Direito Natural, “supra positivo”, “supralegal”, e apartando o Direito da valoração moral e justa, procura reconhecer como válido somente o direito posto, vigente em determinada sociedade, transformando-o numa “super-norma”, e, principalmente, distante da realidade e da sociedade para a qual deveria servir de esteio.

Assim, ao contrário da premissa – “O Estado submetido ao Direito” - temos – “O Direito submetido ao Estado”, dando margem a toda sorte de desmandos e incongruências normativas, que, em maior ou menor medida, desacreditam a maioria dos Estados meramente legalistas de então.

Atualmente, não podemos mais interpretar o processo, e por conseqüência a atuação estatal de forma tão legalista e técnica.

Nas palavras de Eduardo Melo de Mesquita (2002), “nos nossos dias, são linguagem corrente as expressões: “processo civil de resultados”, “instrumentalidade substancial”, “acesso a ordem jurídica justa”, “efetividade da tutela””.

Percebe-se então que a idéia de um tecnicismo processual tem sido utilizada mas não com o rigorismo dantes utilizado.

Hoje em dia, é primordial garantir o acesso a justiça, o custo processual, a busca pelo resultado efetivo.

O processo justo se verifica, no amplo acesso a justiça, igualmente garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5.º.

Nos dias atuais, como significado de ordem jurídica justa, constitui uma das grandes preocupações dos juristas e legisladores o franquear acesso rápido à justiça para todos os integrantes da sociedade, mediante a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, e de processos e procedimentos mais rápidos, para se conseguir a prestação jurisdicional do Estado, a jurisdição.

Acesso rápido a justiça, conforme amplamente explanado no primeiro capítulo consiste não somente no acesso físico aos Tribunais, mas ao acesso a advogados, ao processo, custo processual adequado para que os necessitados possam fazer valer seus direitos e primordialmente um processo efetivo, no qual a parte que busca os seus direitos ou a solução de um conflito de interesses, o tenha de forma rápida e eficaz.

Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 57) assim se posiciona:

Se o cidadão possui, como direito fundamental e assim assegurado pela Constituição da República (art. 5º, XXXV, C.F.), o direito de ir ao Poder Judiciário, é evidente que para que tal direito possa ser usufruído de forma plena e efetiva por todos, importa não só o custo do processo jurisdicional, como também a sua tempestividade. No direito brasileiro, várias são as normas que objetivam tornar o processo jurisdicional acessível a todos. Desta forma, não só isenta-se, em alguns casos, o pagamento de custas processuais (incluindo-se honorários de advogado; art. 3º, Lei n. 1.060/50-Lei de Assistência Judiciária) e confere-se direito ao advogado sem que seja preciso ser paga qualquer quantia em dinheiro (art. 5º, LXXIV, C.F.), como se chega até mesmo a permitir o acesso ao "juiz" sem a participação de advogado (art. 9º, Lei n. 9099/95-Lei dos Juizados Especiais).

Entende-se então que, para que ocorra um processo justo, é necessário um custo econômico acessível, e para tanto há a Lei 1060/50 que prevê assistência judiciária gratuita para os economicamente pobres, há os procedimentos que dispensam advogados como aqueles estabelecidos nos Juizados Especiais, bem como existem ainda procedimentos que dispensa do pagamento de custas processuais e de ônus de sucumbência, cujo objetivo além de propiciar o acesso à justiça do menos favorecido, ainda possibilita ao cidadão e a entidade legitimados, respectivamente, à ação popular e à ação coletiva, quando se sintam "ameaçados" quando da "decisão" pela propositura da ação.

De outro norte, necessário ainda contemporizar que além do custo processual acessível, o processo deve ser rápido e eficaz, já que de nada adiante possuir acesso a justiça, ter direito de ação e petição e quando a tutela jurisdicional for efetivamente prestada, referido direito perdeu-se no tempo e espaço.

Logo é isso que devemos entender por processo civil e ordem jurídica justa, em um Estado Democrático de Direito, qual seja a acessibilidade processual e a eficiência desse processo, tendo um desfecho em tempo razoável.

IV. TUTELAS DE URGÊNCIA

4.1 Estrutura atual do Código de Processo Civil

Antes da criação do instituto da tutela de forma genérica em nossa sistemática processual, muito se utilizou a ação cautelar inominada para obter medidas satisfativas, medidas essas fundadas em probabilidades tanto do direito quanto a do perigo. Com isso, desfiguraram a finalidade acessória do processo cautelar, já que alcançavam de plano o objeto principal, sendo tal prática criticada por grande parte da doutrina, por caracterizar inobservância da lei.

Com a introdução em 1994 do instituto da tutela antecipada pela Lei 8.952, não mais se permitiu essa utilização anômala da ação cautelar, já que para a concessão da tutela antecipada são necessários outros requisitos.

Nesse diapasão, o IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) possui dois anteprojetos sobre as tutelas de urgência, sendo um versando sobre a estabilização da tutela antecipada e outro sobre a alteração do Livro III do Código de Processo Civil que trata das Medidas Cautelares.

O anteprojeto que versa sobre a estabilização da tutela antecipada⁵⁸ já foi entregue ao governo, e prevê a modificação dos §§ 4.º e 5.º do artigo 273, e a criação dos artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D do Código de Processo Civil. De uma forma resumida, o anteprojeto prevê que as partes terão a oportunidade e a conveniência de prosseguirem ou não com o processo em caso de deferimento, parcial ou total, da antecipação da tutela. O anteprojeto cria ainda a figura da tutela antecipada antecedente, ou seja, pleitear a tutela

⁵⁸ *Elaborado por comissão do IBDP composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni.*

antecipada antes de iniciar todo um processo de cognição plena e exauriente, e se concedida essa antecipação ou réu não se manifestar, fará coisa julgada, observando os seus limites.

Por outro lado, se a ação que visa à sentença for ajuizada ou, se o processo já estiver em curso, prosseguir, a extinção do processo sem julgamento do mérito não tornará ineficaz a medida antecipatória, que prevalece, ressalvada a hipótese de carência da ação, se houver incompatibilidade nas sentenças.

Em relação ao anteprojeto sobre a alteração do Livro III do Código de Processo Civil, há um esboço feito por Athos Gusmão Carneiro⁵⁹, no qual este Livro passaria a vigorar com a epígrafe 'Da Tutela de Urgência'; o seu Título Primeiro com a epígrafe 'Das medidas cautelares e antecipatórias'; o seu Título Segundo com a epígrafe 'Dos processos de urgência'. Este anteprojeto se encontra em fase de elaboração, por meio de debates entre os membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Este anteprojeto trata sobre a inclusão da tutela antecipada ao Livro III do Código de Processo Civil, especialmente porque a modernização do direito processual brasileiro prevê uma efetividade e eficiência maiores, pugnando pela reforma das medidas cautelares. Isso porque a principal proposta se refere à possibilidade de pleitear as medidas cautelares inominadas sem a necessidade de instauração de um processo autônomo, como é necessário atualmente.

Conclui-se, portanto, que as tutelas de urgência constituem uma importante ferramenta para os operadores do direito obterem Justiça de uma forma mais célere e eficaz, contando com o apoio da doutrina dominante e de eminentes juristas na busca pela desburocratização do processo.

⁵⁹ Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

4.2 Noções gerais

Não há que se falar em tutelas de urgência como meio efetivo de acesso a justiça, sem falar nos poderes do juiz, especialmente na discricionariedade de seus atos, o que permite o deferimento ou indeferimento das tutelas de urgência. No presente trabalho, abordaremos, em breves pinceladas, a responsabilidade civil, os pressupostos para caracterizá-la, bem como o que vem a ser o poder discricionário do juiz, e alguns conceitos básicos importantes para o seu desenvolvimento.

Utilizaremos ainda, um brilhante acórdão do Ministro Luiz Fux, como forma de concluir o raciocínio que será traçado durante esse estudo, para que possamos visualizar de forma prática como o juiz pode tornar um processo justo utilizando-se de seu poder discricionário, mesmo parecendo estar afrontando a lei.

Entendemos que o apego exagerado à legalidade sem pensar em um processo justo, sem pensar na dignidade da pessoa humana e na coletividade seria o mesmo que conceder poderes a um ser robótico e autônomo.

Por poder discricionário, podemos classificá-lo como sendo o ato, pelo qual, o juiz, voluntariamente, obedecendo a determinados limites, acata um pedido ou decide de ofício, ou ainda se omite de determinada decisão, utilizando-se das prerrogativas e princípios constitucionais inerentes a sua função e cargo.

José Cretella Júnior (p. 95) vaticina que:

Ao livre e legal pronunciamento da autoridade administrativa que, consultando a oportunidade e a conveniência da medida, se traduz em ato desvinculado de prévia regra estrita de direito condicionante de seu modo de agir, num dado momento, damos o nome de poder discricionário da administração.

Na realidade podemos dizer que ato discricionário é aquele, dentre vários, cuja escolha cabe ao magistrado, e portanto a responsabilidade por tal ato é uma consequência.

No entanto, essa denominação não é unânime. Existem alguns doutrinadores que classificam esse poder discricionário, como sendo um ato jurídico indeterminado.

Contudo, a parcela maior de doutrinadores acolhe a primeira corrente, defendida por Cretella Junior.

Assim se posiciona Moniz de Aragão, citado por Macedo (2000) o qual ensina:

[...] costuma-se referir a atuação discricionária do juiz no desempenho do chamado poder cautelar geral, em cujo exercício lhe é permitido autorizar a prática, ou impor a abstenção, de determinados atos, não previstos em lei ou nesta indicada apenas exemplificativamente.

Diante do que foi externado é fácil perceber, como bem pontuou Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 784), que o fundamento da discricionariedade reside no intento de se cometer à autoridade o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta a, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei, bem como reside na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.

Um juiz, no exercício de suas funções, deve decidir o litígio que se lhe impõe, cabendo a ele estabelecer qual o direito e a quem pertence tal direito, ao autor, ao réu ou quiçá a nenhuma dos dois?

Decorrente desse poder discricionário, especificamente quando no exercício do poder geral de cautela, o juiz ao realizar ou deixar de realizar determinados atos responderá pelo prejuízo a que der causa.

O Estado é o responsável pela prestação da tutela jurisdicional. Logo, é o Estado quem deveria, de forma eficaz, exercendo o poder que lhe é revestido, solucionar os conflitos existentes de forma rápida e eficiente. Todavia, como afirma Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 217), “o poder será sempre o poder ou, como disse Foucault⁶⁰, a finalidade da soberania é ela própria”.

Logo, embora uma das finalidades do Estado seja julgar, através do poder judiciário, possuem ele diversas outras finalidades.

O procedimento ordinário, em razão do acúmulo de processos e da morosidade na tramitação processual, na grande maioria das vezes tem sido ineficaz ou inoficioso, precisando o operador do direito recorrer a meios aptos a fazer valer o direito procurado pela parte.

Dentre esses meios, estão as tutelas diferenciadas⁶¹⁻⁶², caracterizadas pelas tutelas de urgência, tutelas preventivas, cautelares e transindividuais, sendo que as tutelas de

⁶⁰ Com as tentativas de definição de governo de La Perrière, vê-se a aparecer um outro tipo de finalidade. O governo é definido como uma maneira correta de dispor as coisas para conduzi-las não ao bem comum, como diziam os textos dos juristas, mas a um objetivo adequado a cada uma das coisas a governar. O que implica em primeiro lugar, uma pluralidade de fins específicos, como por exemplo fazer com que se produza a maior riqueza possível, que se forneça às pessoas meios de subsistência suficientes, e mesmo da maior quantidade possível, que a população possa se multiplicar, etc. Portanto, uma série de finalidades específicas que são o próprio objetivo do governo. E para atingir estas diferentes finalidades deve-se dispor as coisas. E esta palavra dispor é importante, na medida em que, para a soberania, o que permitia atingir sua finalidade, isto é, a obediência à lei, era a própria lei; lei e soberania estavam indissolúvelmente ligadas. Ao contrário, no caso da teoria do governo não se trata de impor uma lei aos homens, mas de dispor as coisas, isto é, utilizar mais táticas do que leis, ou utilizar ao máximo as leis como táticas. Fazer, por vários meios, com que determinados fins possam ser atingidos. Isto assinala uma ruptura importante: enquanto a finalidade da soberania é ela própria, e seus instrumentos tem a forma de lei, a finalidade do governo esta nas coisas que ele dirige, deve ser procurada na perfeição, na intensificação dos processos que ele dirige e os instrumentos do governo, em vez de serem constituídos por leis, são táticas diversas. (FOUCAULT, apud SILVA, 2006, p. 216).

⁶¹ José Roberto dos Santos Bedaque (19998, p. 61), nesse sentido, leciona: “a expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”.

⁶² De outro norte, Andréa Proto Pisani (apud MESQUITA, 2002, p. 173), enfatiza que: “há diferença entre a tutela diferenciada que sucede a uma cognição plena e exauriente que se caracteriza pela adequação procedimental às específicas condições do direito material, e a tutela jurisdicional diferenciada pela predisposição de formas típicas de tutela sumária. Dentre estas últimas, aponta a destinação: a) de evitar o custo do processo de cognição plena nas situações em que não se vislumbra séria resistência do réu; b) de evitar abuso

urgência, como o próprio nome diz, urgem, necessitam de análise imediata. Normalmente, as tutelas de urgência garantem a execução ou antecipam os efeitos de uma decisão.

Como preleciona Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 25):

Para adaptar-se a escassez do tempo, o processo civil brasileiro vem sofrendo inúmeras modificações, que buscam trazer agilidade e efetividade às decisões judiciais. Não é mais possível esperar sempre, com a ordinarização do processo de conhecimento, a obtenção de uma certeza consubstanciada numa sentença que ainda necessitará de todo um processo de execução para produzir resultados no mundo dos fatos.

Por muito tempo, utilizaram-se as medidas cautelares não no sentido de acautelar o processo, que é o seu principal objetivo, mas pleiteando direitos, cujo mérito seria apreciado por ocasião da sentença, no sentido de tornar mais efetivo a prestação da tutela jurisdicional.⁶³

Todavia, tal procedimento, de certa forma, aumentava ainda mais a morosidade processual, uma vez que para cada direito ameaçado eram utilizadas duas demandas: ajuizava-se a cautelar e por imposição procedimental, dentro de 30 dias ajuizava-se a ação principal. Logo, eram dois processos tramitando para solucionar o mesmo litígio.

Dessa situação insustentável, verificou-se a necessidade da criação de uma forma eficaz de proteção ao direito instantâneo, cuja falta, faria perecer o direito do autor ou quando este o alcançasse já não produziria o efeito almejado.

Nas palavras de Eliana Calmon (1999, p. 161):

Tutela jurídica ou tutela jurisdicional significa a atividade estatal de substituir-se ao particular na solução dos conflitos, prestando a jurisdição ou, em outras palavras, dizendo quem tem razão.

do direito de defesa; c) de garantir a efetividade da tutela jurisdicional aos direitos não exclusivamente patrimoniais, passíveis de lesão irreparável pela demora do processo”.

⁶³ O Código de Processo Civil português também prevê procedimentos cautelares comuns e ainda os urgentes (artigos 381 a 392). O artigo 381 cuida das providências cautelares não especificadas, enquanto que o artigo 382 trata das urgências do processo cautelar. As medidas cautelares específicas são elencadas nos artigos 393 a 459 do citado código. O processo civil português ainda estabelece que os procedimentos cautelares instaurados perante o tribunal competente devem ser decididos, em 1ª Instância, no prazo máximo de 02 meses ou, se o requerido já tiver sido citado, 15 dias. (SOUZA, José Tavares de. 2001, p. 211).

Tradicionalmente, o Estado presta a tutela certificando, executando ou acautelando, tutelas estas que se identificam com o processo de conhecimento ou de cognição, o processo de execução e o processo cautelar.

Nas situações de urgência, entendendo-se estas como a situação apta a gerar dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela, que geralmente está embasada no princípio da segurança jurídica (devido processo legal), muda de rumo, passando a procurar, mais que a segurança, a efetividade da jurisdição, a razão de ser do próprio Poder Judiciário. A preocupação é não deixar que a resposta estatal caia no vazio.

Assim sendo, surge, ao lado da outorga de tutelas acautelatórias, que visam precipuamente à prestabilidade ou à efetividade da jurisdição, a antecipação dos efeitos de uma futura sentença, em nome de um direito instantâneo que, se não protegido de forma imediata, não mais servirá ao seu titular.

Dessa forma, subentende-se que não mais seria possível valer-se tão somente das tutelas cautelares, mesmo porque, tem pressupostos e requisitos específicos e como o próprio nome diz sugerem cautela, tais medidas visam assegurar o direito ameaçado, acautelando-o até a decisão final do processo principal.

Diferentemente, as tutelas de urgência visam coibir a ameaça ou lesão a direito irreparável ou de difícil reparação imediato, neste momento.

Ainda de acordo com Eliana Calmon (Ibid., p. 161), as tutelas de urgência se classificam em:

Tutela provisória – Cautelar – para afastar o embaraço à jurisdição; Urgência presumida – estabelecida pelo legislador especificamente – ações possessórias, mandados de segurança, etc.; Medidas interinais – situação fática, no curso da lide; Abuso do direito de defesa= pena – mesmo quando não há perigo de dano, mas pune-se o embaraço ao exercício do direito ou o abuso ao direito de defesa; Tutela antecipada – antecipa os efeitos da sentença – para assegurar a efetividade do direito.

Por outro lado, Mesquita (2002, p. 174) abaliza que:

O comprometimento da prestação jurisdicional, pelo risco ou perigo de dano, demanda uma espécie de tutela apropriada e imediata, para combater aquelas circunstâncias. Essa espécie de tutela é a tutela de urgência.

Alguns ampliam a abrangência do termo urgência, para encartar qualquer situação capaz de causar embaraço a efetividade da prestação jurisdicional; enquanto outros restringem àquelas situações que ensejam dano irreparável.

Em que pese o respeito à tese daqueles que defendem uma maior amplitude ao termo urgência, deve haver certo cuidado, porquanto há o risco de sumarizar o

procedimento, visando “desembaraçar a jurisdição”, no qual a cognição exauriente deve prevalecer, uma vez que a segurança deve ser maior que a efetividade.

De toda sorte, há situações nas quais o procedimento sumário possui cognição exauriente, e em casos outros, a cognição sumária somente traz um juízo de verossimilhança ou plausibilidade, não formando coisa julgada.

Tal acontece, uma vez que, nas tutelas de urgência, há uma inversão de valores, prevalecendo à efetividade sobre a segurança.

Bedaque (2006, p. 162) assim preleciona:

[...] passou a doutrina a pensar em outra categoria de proteção jurisdicional – a tutela de urgência – destinada a abranger todas as medidas necessárias a evitar risco de dano ao direito. Caracterizam-se não pela sumariedade da cognição, circunstância também presentes em tutelas não cautelares, mas pelo periculum in mora. Analisa-se a situação substancial e verifica-se a necessidade de proteção imediata, em sede cautelar, ante a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário para entrega da tutela final.

Com efeito, uma coisa é certa sobre as tutelas de urgência, de nada servirá a tutela definitiva, obedecendo a um processo de segurança, esgotando o procedimento de forma exauriente, se com a liminar há, de certa forma, a definitividade da tutela, sob a perspectiva fática ou jurídica.

Antecipar a tutela é permitir que se obtenha a satisfação da pretensão deduzida em juízo, antes de proferida de mérito, mas em caráter provisório e revogável.

É possibilitar que o autor de um direito possa dele usufruir – logo antes da decisão final; é a antecipação do mérito, com atendimento provisório do pedido, antes que se debata a causa e se complete a instrução processual, visto que essa demora tempo demasiadamente longo.

Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 35), salienta que:

A técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No

caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda – se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Para Humberto Theodoro (2003, p. 561):

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação do direito material da relação jurídica envolvida no litígio.

Permite que o juiz, no primeiro contato com a causa, propicie ao autor a satisfação de seu direito, o que não significa dizer que se trata de uma liminar.

José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 294), traça em sua obra a diferença entre de tutela antecipada e liminar dizendo “que esta é indicativa de uma decisão proferida no início do processo, antes mesmo da citação do réu” e cita como exemplos o indeferimento da inicial, o reconhecimento de incompetência absoluta de ofício e a antecipação de efeito *inaudita altera parte*. Já a antecipação da tutela, segundo o mesmo autor, “caracteriza-se por representar decisão antecipatória de efeitos da sentença, o que pode ocorrer desde a propositura da ação, liminarmente, portanto, e até após o julgamento em 1º grau”.

Assim, verifica-se que a tutela antecipada não se confunde com liminar ainda que concedida no primeiro contato com a causa.

4.3 Tutelas Cautelares

A tutela cautelar está prevista no Código de Processo Civil, em seu artigo 798⁶⁴, cuja criação objetivou sanar, a ineficiência do procedimento ordinário. Para Marinoni e Arenhart (2005, p. 196):

A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o artigo 798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. Porém, ao se pleitear a tutela cautelar, na realidade pleiteava-se a tutela antecipada, embora a primeira sirva apenas de meios protetivos, assecuratórios, para a viabilização do direito pretendido.

Partindo do entendimento acima, o primeiro instituto criado para amenizar potenciais prejuízos com prolongamento temporal do curso processual foi a tutela cautelar, a qual funciona como instrumento para a efetividade do processo principal.⁶⁵⁻⁶⁶

A tutela cautelar, como dito em capítulo anterior, é um processo subsidiário ou acessório, visando à obtenção de medidas urgentes, necessárias ao bom desenvolvimento de um processo de conhecimento ou execução, dito principal. Não se fundamentam na natureza da causa, mas sim, da urgência ou perigo não previstos na lei, cuja lacuna pode causar dano, no direito processual e substancial. Sendo esta também a posição de Ovídio A Baptista da Silva (1999, p.21):

[...] para a ação cautelar, essa avaliação circunstancial será sempre e necessariamente atribuída ao magistrado, que poderá livremente avaliar a ocorrência da situação perigosa, originada dos elementos circunstanciais do caso concreto. Aqueles que não distinguem a tutela cautelar da tutela antecipatória não poderão jamais, distinguir a jurisdição cautelar da jurisdição satisfativa.

⁶⁴ Artigo 798 CPC: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁶⁵ “Depois da Lei n. 8.952, de 1994, a ação cautelar só subsiste para o efeito de assegurar a efetividade do processo; a tutela antecipada deve ser requerida nos próprios autos da ação ordinária, nos termos do artigo 273 do CPC”. (RSTJ 102/145).

⁶⁶ “O processo cautelar tem por finalidade “obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução”, assim, é incabível para que a requerente se furte da incidência de correção monetária futura”. (RTFR 133/105).

Para Bedaque (2006, p. 123), a tutela cautelar é o “antídoto contra a demora para entrega da tutela jurisdicional”, enfatizando ainda a característica de segurança da medida cautelar.

Nesse mesmo sentido é a posição de Giovanni Verde (apud BEDAQUE, 2006, p. 123):

O processo ordinário jamais consegue dar resposta imediata ao pedido de tutela jurisdicional, especialmente nos tempos atuais, “nei quali lo scarto temporal tende ad allungarsi sempre piú ed in maniera inarrestabile”. (“Il processo cautelare”, p. 35). A necessidade da tutela cautelar é sentida a partir da insuficiência da tutela normativa.

A tutela cautelar pode ser preparatória, quando pleiteada antes do ajuizamento da ação principal ou incidental, quando ajuizada no curso do processo principal, através de um incidente processual.

Logo se presume que a tutela cautelar objetiva providências urgentes e provisórias, que tendem a assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, ou seja, garantem os efeitos de uma providência principal e futura, em perigo, em razão de eventual demora.

Enquanto o processo principal (de cognição ou execução) visa à composição da lide, o processo cautelar objetiva outorgar segurança, ainda que provisória, aos interesses em litígio.

Logo, a tutela cautelar é uma tutela instrumental, provisória e acessória, cujo destino depende do processo principal. Não raras vezes, seu julgamento é obstado para julgamento simultâneo com o processo principal. Conclui-se, portanto, que a tutela cautelar tem como finalidade precípua garantir a efetividade da tutela jurisdicional, observando seus requisitos básicos: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Aliás que, não há como se falar em tutela cautelar sem mencionar os seus pressupostos básicos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

O *fumus boni iuris* corresponde à probabilidade do direito material alegado realmente existir, ou seja, a fumaça do bom direito, não implicando uma certeza do direito invocado, mas uma plausibilidade do direito, uma vez que se houvesse a certeza, teríamos o julgamento definitivo e não uma simples cautelar. Todavia, não significa que os fatos que o fundamente são profundamente analisados, mas tão somente que o autor da tutela cautelar possui direito a um processo de mérito com possível provimento favorável.

Uma vez demonstrado que o autor do processo cautelar preenche todas as condições do direito de ação que lhe permitirá ajuizar o processo principal, isto é, que este é viável e não lhe será claramente adverso, terá ele direito ao processo cautelar, porquanto o *fumus boni iuris* consiste na existência do interesse que justifica o direito de ação.

Conforme lição de Kazuo Watanabe (1996, p. 33-34) a fumaça do bom direito cautelar não pode ser confundida com a prova inequívoca nos seguintes termos:

O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples "fumaça", que somente permite a visualização de mera silhueta, uma medida de salvaguarda, que se contrapõe ao instituto da tutela antecipada para todo e qualquer processo de conhecimento. Bem se percebe, assim, que não se trata de tutela que pode ser concedida prodigamente, como mero juízo baseado "em fumaça do bom direito", como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada.

De outro norte, o *periculum in mora*, significa o fundado receio que uma parte, antes do julgamento da lide, ou até mesmo ajuizamento do processo principal, cause ao direito da outra parte, lesão grave de difícil ou impossível reparação, havendo risco de ineficácia da futura tutela jurídica almejada. O autor da medida cautelar deve demonstrar ao julgador o fato concreto que possa lhe gerar dano que impede aguardar o processo principal e que esse dano não permita reparação específica nem indenização.

A tutela cautelar é, portanto, medida de caráter eminentemente público, fundamentada na necessidade de estabilidade ou equilíbrio na situação de fato, entre as partes, ante a ameaça à eficiência do processo principal.

Uma das características fundamentais da tutela cautelar é a sua instrumentalidade, isto é, a cautelar não possui um fim em si mesma, mas a sua existência garante que a futura prestação jurisdicional seja profícua, na medida em que se tutela o próprio processo. A sua acessoriedade⁶⁷ decorre da existência ou da probabilidade de um processo principal.

Nesse sentido observa Mesquita (2002, p. 200):

Daí decorre a primeira nota da tutela cautelar, a instrumentalidade, pois o processo principal serve à tutela do direito material, enquanto o processo cautelar serve à tutela do processo. Por isso afirma-se que , sendo a ação cautelar de natureza eminentemente processual, traduz-se em instrumento de instrumento. [...] O processo cautelar, enquanto instrumento que serve a outro meio igualmente instrumental, reflete o que Calamandrei denominou de “instrumentalidade hipotética”, uma vez que a cautelaridade se pauta em um juízo de plausibilidade de resultado no processo principal de mérito.

Outra característica das tutelas cautelares é a provisoriedade, porque o provimento cautelar destina-se a preservar determinada situação durante um espaço de tempo limitado, sendo esse espaço temporal delimitado entre o ajuizamento e deferimento da cautelar e a superveniência do processo principal, não produz juízo de certeza de direito

Ainda conforme preleciona Mesquita (Ibid., p. 202-203):

Aliás, o processo cautelar não se presta a acertar a situação principal, é essencialmente provisório, nasce à espera do definitivo, rege outra situação, por isso a decisão cautelar é ontologicamente concebida para perder eficácia. Provisoriamente traduz-se na impossibilidade de tornar-se definitivo, sempre será substituído por um principal, isso se mostra mais evidente na concessão de liminar, em que se tem uma antecipação provisória, i.e., o provisório do provisório.

⁶⁷ Assim como podemos dizer que os municípios são autônomos, mas não são independentes dos Estados e da União, também podemos afirmar que o processo cautelar é dependente, conquanto seja, também, autônomo. (LOPES apud MESQUITA, 2002, p. 207).

Vale destacar ainda, como característica da tutela cautelar, a revogabilidade, pois sendo um provimento de emergência, possui a possibilidade de revogação, modificação ou substituição, que decorrem de seus próprios objetivos. Essa é a dicção do artigo 807 do Código de Processo Civil⁶⁸. Vale dizer, se desaparecesse o contexto fático que levou a concessão da cautelar, cessa a razão de se acautelar o direito.

Por fim, ressalte-se que a existência da tutela cautelar esta ligada a referibilidade de um direito, o qual deve ser referido e protegido cautelarmente.

4.4 Tutela antecipada

Antecipar a tutela é permitir que se obtenha a satisfação da pretensão deduzida em juízo, antes de proferida sentença de mérito⁶⁹, mas em caráter provisório e revogável.

É possibilitar que o autor de um direito possa dele usufruir – lo antes da decisão final⁷⁰; é a antecipação do mérito, com atendimento provisório do pedido, antes que se debata a causa e se complete a instrução processual, visto que essa demora tempo demasiadamente longo.

Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 35), salienta que:

⁶⁸ Art. 807 – CPC: As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

⁶⁹ Art. 273 – CPC: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

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

⁷⁰ “A grande inovação trazida com o adiantamento de tutela está na possibilidade de a providência acautelatória acontecer nos próprios autos em que se discute o processo definitivo. Os reflexos dessa possibilidade na economia processual são notáveis”. (RSTJ 152/117; citação do voto do Min. Gomes de Barros, à p. 120).

A técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda – se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Para Humberto Theodoro (2003, p. 561):

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação do direito material da relação jurídica envolvida no litígio.

Permite que o juiz, no primeiro contato com a causa, propicie ao autor a satisfação de seu direito, o que não significa dizer que se trata de uma liminar.

José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 294), traça em sua obra a diferença entre de tutela antecipada e liminar dizendo que “esta é indicativa de uma decisão proferida no início do processo, antes mesmo da citação do réu” e cita como exemplos o indeferimento da inicial, o reconhecimento de incompetência absoluta de ofício e a antecipação de efeito *inaudita altera parte*. Já a antecipação da tutela, segundo o mesmo autor, “caracteriza-se por representar decisão antecipatória de efeitos da sentença, o que pode ocorrer desde a propositura da ação, liminarmente, portanto, e até após o julgamento em 1º grau”.

Assim, verifica-se que a tutela antecipada⁷¹ não se confunde com liminar ainda que concedida no primeiro contato com a causa.

A antecipação da tutela teve suas hipóteses ampliadas pela Lei 8952/94, podendo ser requerida em processo de rito comum ou especial, neste último caso, desde que

⁷¹ “Medida antecipatória, conseqüentemente, é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido”. (STF – Pleno: RTJ 180/453).

compatível com a natureza do direito e imprescindível para a prestação de uma tutela final efetiva⁷².

Para que se defira o pedido de antecipação da tutela será necessária a presença de *prova inequívoca* capaz de inculcar no juiz o convencimento da *verossimilhança* da alegação do autor. Além desses, é necessário também que *haja fundado* receio de que a demora na decisão da causa possa vir a causar prejuízo à parte, ou seja, causar *dano irreparável* ou de difícil reparação; ou de forma alternativa, que se caracterize *o abuso do direito de defesa* por parte do réu ou seu *manifesto propósito protelatório*, que tem como finalidade o retardamento da prestação jurisdicional.

Característica importante do instituto, assim como a cautelar, é a sua provisoriedade, pois uma vez concedida à tutela antecipada, esta pode ser revogada ou modificada a qualquer momento por decisão fundamentada. Deve ser observado também quando sua concessão a possibilidade de reversão do ato, pois se impossível retornar ao estado anterior se vier a apresentar algum equívoco, essa não poderá ser deferida.

Poderá ser concedida quando os pedidos ou parte deles mostrarem – se incontroversos e, a decisão que defere ou indefere a antecipação da tutela é uma decisão interlocutória, passível de recurso de agravo, conforme se extrai do §5º do art. 273 que preconiza que o processo devera prosseguir ate o final uma vez deferida ou indeferida a tutela antecipada.

Muito se discutiu com relação à natureza jurídica da tutela antecipada, trata – se de tutela cautelar ou satisfativa?

⁷² Luiz Guilherme Marinoni assinala que não se deve restringir a utilização do instituto em tela, devendo ser o mais abrangente possível, já que sua finalidade de assegurar o resultado prático do processo, afirmando ser irrelevantes aspectos meramente procedimentais. (Tutela antecipada, julgamento antecipado, pp.123 r ss.; A antecipação da tutela, pp. 127 – 128).

Ambas constituem modalidades das chamadas tutelas de urgências, que têm por finalidade equacionar o conflito entre segurança jurídica e a efetividade do processo, apresentando características idênticas em vários pontos.

Embora tenham caráter provisório, podem ser diferenciadas quanto ao que se busca com cada uma delas; na tutela cautelar, busca – se a preservação do direito, não o seu gozo de plano, apenas preserva – o para que ao final possa o vencedor dele desfrutá-lo. Já na tutela satisfativa, permito que o requerente da medida obtenha desde logo o bem a vida, proporciona o gozo do direito em litígio antes mesmo da decisão final.

Para a doutrina majoritária, a tutela antecipada tem natureza satisfativa, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, deferindo o próprio direito material.

É evidente a natureza satisfativa do instituto, porém, não se pode afirmar que o mesmo também não preserva direitos, pois se defere o direito que é algo mais, por que não estaria protegendo-o.

De início, podemos afirmar que não se trata de medida cautelar, mas a distinção detalhada de ambas as tutelas será estudada no capítulo seguinte, que trata da diferença entre a tutela antecipada e institutos afins.

Conforme prevê expressamente o art. 273 do CPC, a antecipação da tutela depende de requerimento da parte interessada, não restando dúvida de que o legislador teve a intenção de impedir que o juiz a conceda de ofício, estando sujeita ao princípio dispositivo.

A parte legitimada pode ser entendida como aquela que está postulando uma tutela definitiva, mas cujos efeitos pretendem antecipar. Conforme salienta Teori Albino Zavascki (2002, p. 103), pode ser autor, o reconvinente, o oponente, o substituto processual e o réu nos casos de ações dúplices⁷³.

⁷³ Exemplos de ações dúplices por determinação legal, são as possessórias, a consignatória, todas as demandas para as quais é prevista o rito sumário.

José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 357) alerta que é possível o réu requerer a antecipação da tutela na contestação, mesmo que não se trate de ação dúplice. Exemplifica o caso de uma demanda condenatória contestada, tendo o autor, em razão da suposta dívida, remetido informações para órgãos de proteção ao crédito. Poderá o réu, em tese, postular a antecipação de efeitos da futura sentença de improcedência, a fim de que seu nome seja provisoriamente excluído do rol de devedores inadimplentes. Ressalta que somente será acolhido o pedido se presentes os requisitos que autorizam a medida⁷⁴.

O requerimento pode ser feito na petição inicial quando fundado no inciso I, que se refere ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caso fundado no inciso II, somente poderá ser requerida após o oferecimento de contestação, pois refere – se ao abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Poderá ser requerida também em outros momentos, como no curso do processo, através de petição escrita ao juiz da causa; em audiência, de forma oral, a qual será reduzida a termo e em grau de recurso, onde o pedido será direcionado ao relator.

O parágrafo 1º do art. 273 determina que a decisão que conceder a tutela antecipada deve ser fundamentada quando prescreve que na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento⁷⁵.

Em nosso ordenamento, existe princípio constitucional da motivação das decisões judiciais previstos no art. 93, inciso IX da Carta Magna que estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas suas decisões, sob pena de nulidade [...]. Embora possa parecer dispensável a previsão feita pelo legislador infraconstitucional, tendo em vista que a própria Constituição Federal faz menção à

⁷⁴ Nesse mesmo sentido Marinoni (1999:128) exemplifica o caso de requerimento de tutela antecipada não ação declaratória onde o autor objetiva declarar a legitimidade de um ato; poderá também o réu, em tese, requerer a antecipação na ação declaratória de ilegitimidade de ato, uma vez verificado que o autor praticará atos que impedirão o réu de executar o ato que supõe legítimo.

⁷⁵ O § 3º do artigo 461, também determina que a “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

fundamentação de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, acredita – se que a exigência contida no § 1º tem sua razão de ser.

Devido à característica da tutela antecipada, observa – se que quando deferida, coloca em desvantagem a parte que deverá suporta as suas conseqüências, desse modo, a fundamentação, o porquê de seu deferimento, são fatores esclarecedores daquela decisão na medida em que possibilita que o prejudicado possa compreender, embora não aceitar, as razões do magistrado em deferir o pedido da parte.

Imagine como ficaria a parte, uma vez privada de seu possível direito, se o juiz apenas deferisse a tutela antecipada sem externar as razões que levou a decidir daquela maneira e não de outra; como poderia a parte agravar se nem ao menos saber o porquê dela? Em virtude de indagações como essas é que demonstra a necessidade de fundamentação da decisão.

Cândido Rangel Dinamarco (1995, p. 147) explica que:

Essa determinação, que reafirma a exigência constitucional de motivação de todas as decisões judiciais, sequer seria oportuna se não fosse para enfatizar muito a grande cautela em que se há de precaver o juiz antes de conceder essa medida excepcional. Não havendo dar caráter de ordinariedade à medida desenganadamente extraordinárias, ele deve deixar muito claras as razões com base nas quais as concede.

Como no caso de tutela antecipada com fundamento no inciso I, deverá o juiz precisar as razões pelas quais entende existir o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e, no caso do inciso II, justificar o que caracteriza o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Se a tutela antecipada produzir efeito irreversível, o mesmo deve ocorrer, devendo o juiz esclarecer o porquê optou pelo risco, considerando os valores dos bens em conflito.

Assim, o julgador deve precisar as razões pelas quais entende existir os requisitos para a concessão da tutela antecipada sob pena de nulidade. O mesmo é o caso das

decisões que revogam a medida, que devem ser igualmente motivadas, caso contrário, estarão também eivadas de nulidades.

4.5 Poder geral de cautela

As medidas cautelares são tratadas pelo Código de Processo Civil no atual no livro III, relacionando no seu Capítulo II uma série de procedimentos específicos.

Entretanto, no Capítulo I, estabelecem em seus artigos 797,798, 799 e 804 poderes para que o Juiz possa determinar as medidas que entender necessárias e adequadas para garantia de que as partes não sofram lesão aos seus direitos antes do julgamento definitivo da lide.⁷⁶

Com essas disposições, o Código colocou à disposição do Juiz, além das tutelas cautelares específicas, uma tutela cautelar genérica, denominada tutela cautelar inominada ou atípica.⁷⁷⁻⁷⁸

Esse poder deferido ao Juiz, de poder deferir qualquer medida acautelatória, tendo em vista a situação de cada caso, é um poder essencialmente discricionário, considerando a oportunidade e a conveniência de sua adoção, é denominado pela doutrina como Poder Geral de Cautela do Juiz.

⁷⁶ José Carlos dos Santos Bedaque (2003, p. 221) ensina que: “o poder geral de cautela corresponde a possibilidade de se conceder cautelar inominada para situações não tipificadas pelo legislador. Sempre que necessária a tutela urgente, ainda que para proteger situação não prevista de forma específica, pode a parte dirigir-se ao juiz, que possui poder para determinar a medida adequada à eliminação do perigo de dano ao direito”.

⁷⁷ “A concessão de tutela cautelar, em agravo interposto contra decisão de conteúdo negativo, insere-se no poder geral de cautela (art. 798, CPC), exigindo, além dos requisitos previstos no art. 558, CPC, a presença do ‘fumus boni iuris’ e do ‘periculum in mora’”. (STJ, AG 191350/DF, 4.^a Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 4.2.1999, DJ 12.4.1999, p. 162).

⁷⁸ “No âmbito do poder geral de cautela do Juiz está a faculdade de exigir caução como contra cautela, bem como indeferir pedido de substituição do seqüestro de bens por depósito em dinheiro”. (STJ, Resp 141434/ES, 3.^a Turma, rel. min. Waldemar Zveiter, j. 3.12.1998, DJ 29.3.1999, p. 163).

Há na doutrina posições contrárias à existência de poder discricionário aos magistrados, distinguindo *conceito discricionário* com *conceito jurídico indeterminado*.

Entretanto, a grande maioria dos doutrinadores processualistas acatam a existência de atuação discricionária do juiz e entre eles *Moniz de Aragão*, in "*Medidas Cautelares Inominadas*", *Revista Brasileira de Direito Processual*, 57/33 dispõe: *costuma-se referir a atuação discricionária do juiz no desempenho do chamado poder cautelar geral, em cujo exercício lhe é permitido autorizar a prática, ou impor a abstenção, de determinados atos, não previstos em lei ou nesta indicados apenas exemplificativamente*".

Galeno Lacerda⁷⁹, considera tal atribuição como a mais importante e delicada atribuição confiada à magistratura, declamando Curet, "uma compreensão viva, um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência, ao mesmo tempo em que um espírito sagaz e pronto a apreender, de imediato, a solução motivada que se lhe solicite" Entretanto, como grande defensor do amplo poder geral de cautela, Galeno Lacerda demonstra com incontestável lógica, que a exemplificação do artigo não possui caráter exaustivo, nem restritivo, ao seu objeto.

Com o possível uso do processo cautelar, fora dos casos estipulados tipicamente, convencionou-se doutrinariamente chamar de PODER GERAL DE CAUTELA⁸⁰. Através deste, é conferido ao juiz acautelar os jurisdicionados, por via de emissão de decisão mandamental não específica, atípica, para afastar situações periclitantes e

⁷⁹ In Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, VIII Vol. Tomo I, 2ª Edição - De la Jurisdiction des Référés, I, Paris, 1907, pág. 01

⁸⁰ "Um dos limites a adstringir o poder geral de cautela do magistrado está em que, havendo um dispositivo legal específico, prevendo determinada medida com feição cautelar para conter uma ameaçadora lesão a direito, não se há de deferir cautela inominada. Se for o caso de deferi-la, devem ser observadas todas as exigências contidas naquela medida específica". (RSTJ 53/155).

perigosas que poderiam pôr em risco o desenvolvimento ou resultado finalístico do processo no qual se busca a satisfação material.⁸¹

Esse poder amplo comporta todo e qualquer tipo de pedido acautelatório, seja ele para ordenar a prática ou não de determinado ato, a guarda judicial de pessoas ou coisas (como expõe o art. 799 de maneira exemplificativa), bastando tão-somente se vislumbrar que há a plausibilidade do alegado direito e o perigo de dano.

Pode ainda o magistrado deferir, ex-officio, a cautela, com base justamente no poder geral de cautela, caso reconheça no pedido possibilidade de dano irreparável ou ameaça a direito de difícil reparação.

Os artigos acima citados, bem como os artigos 266 e 793 do citado codex, possuem ainda, um poder de comando geral e ilimitado, sem vincular a decisão do magistrado ao pedido das partes, donde se conclui que poderá determinar a realização de atos comissivos e omissivos de ofício, abrangendo todas as medidas cautelares, previstas no Código ou não.

A prestação da tutela cautelar inominada incidental e deferida de ofício pelo juiz é defendida pelo Processualista Nelson Nery Júnior (1991, p. 193):

A terceira corrente, que nos parece a mais acertada, admite conceda o juiz providência cautelar de ofício, somente em se tratando de cautelar incidente. A nosso juízo está correto este posicionamento, porquanto deve haver harmonia entre os artigos 2º, 797, 798,799 do CPC, no sentido de ser respeitado o princípio da demanda.. Uma vez já provocada à atividade jurisdicional com o ajuizamento da ação, no curso do processo poderá o juiz, ex officio, determinar medidas cautelares para assegurar a efetiva realização do processo de conhecimento ou de execução.

Tem a mesma posição Vicente Greco Filho (1999, p. 156):

Nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução, quando uma situação de emergência exige a atuação imediata do juiz independentemente de

⁸¹ “A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera parte*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. Portanto, o poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia de efetividade da decisão a ser proferida”. (STJ, AGRMC 1862/MG, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 14.9.1999, DJ 11.10.1999, p. 37 – Decisão: por unanimidade, conhecerem e negaram provimento ao recuso).

processo cautelar e mesmo de iniciativa da parte. Esta segunda forma de manifestação do poder cautelar geral do juiz tem sido menos estudada pelos autores, que desenvolvem mais sua preocupação sobre as medidas inominadas a serem decididas em procedimento cautelar formal.

Galeno Lacerda analisa a iniciativa do Juiz nas tutelas de segurança, à luz do interesse público ou social, quando todas elas se justificam, fazendo uma interpretação analógica dos artigos 797, 798 e 888, pelas disposições neles contidas: “[...] determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes [...]”.

E ainda continua o mestre, O artigo 797 cuida do poder legal do juiz de decretar medidas cautelares "sem audiência das partes" isto é no plural, sem audiência do autor e do réu. Em outras palavras consagra-se a cautela de ofício.”Art. 798. [...] poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequada, quando houver fundado receio [...]; Art. 888. Em todos estes casos, patente como é o interesse público ou de ordem social, prescreve a providência [...] poderá ordenar ou autorizar”.

É permitido ainda ao magistrado, no procedimento cautelar, a utilização do princípio da fungibilidade, ou seja, é lícito ao julgador substituir a medida requerida por outra que se mostre adequada à situação fática, sem que isto importe prejuízo à sorte final dessa demanda e aos ônus de sucumbência, encontrando supedâneo legal nos artigos 805 e o 807 do Código de Processo Civil.

São elementos característicos do processo cautelar: autonomia, instrumentalidade e mandamentalidade.

A generalidade do deferimento de medida cautelar encontra arrimo no artigo 797, o qual determina que: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

Contudo, mesmo excepcionalmente, é permitido o deferimento da medida cautelar de forma inaudita altera pars, ou seja, sem a oitiva da parte contrária, que somente após a cautela deferida é que tomará ciência do processo,

Insta ressaltar ainda, que cabe ao juiz determinar a excepcionalidade de cada caso concreto que for analisar, não se podendo confundir o poder geral de cautela com arbitrariedade ou ensejar questionamentos sobre a segurança do processo.⁸²

O poder cautelar genérico não fica adstrito somente a casos expressamente previstos, podendo ser utilizado, em casos excepcionais, independente de previsão legal, sempre que houver necessidade de ordenamento capaz de resguardar a justa, boa e eficaz prestação jurisdicional. Serve para a preservação da própria atividade jurisdicional e não há previsão legal quando se pode utilizar esse artigo e nesse caso se aplica em qualquer situação em há prejuízo a própria atividade jurisdicional.

Com a finalidade de ilustrar o acima explanado, citamos como exemplo acórdão proferido pelo Ministro Luiz Fux no seguinte caso:

Uma loja de vime situada no interior de um posto de gasolina postulou, em ação cautelar, a interdição de uma das bombas de gasolina situada muito próxima à loja, alugada pelo próprio posto de abastecimento, proprietário do terreno. Obtida a liminar, o Tribunal de justiça cassou-a. Considerando que, através de ofício, houve informação ao juízo de primeiro grau, pelo Corpo de Bombeiros, de risco de vazamento de combustível, o Juiz prolatou a seguinte sentença:
Eis a ementa proferida: "Extingo a demanda, determinando a imediata interdição do estabelecimento requerente da cautela, que responderá com multa diária no valor de R\$ 10.000,00, por manobras procrastinatórias, além de outras cominações legais cabíveis "in casu". Cumpra-se a Ordem".

Esse é um exemplo claro da utilização do poder geral de cautela, pois, do ponto de vista da legalidade, o magistrado teria cometido um vício processual ao deferir a cautelar contra o autor. No entanto, em decorrência do poder discricionário contido nos

⁸² Bedaque (2003, p. 224-225) vaticina que: "mas o poder cautelar do juiz não é ilimitado. Embora existente o poder geral de cautela no sistema constitucional, está ele condicionado à necessidade de garantir o resultado do processo. Ou seja, somente diante de dano irreparável, capaz de comprometer a efetividade da tutela jurisdicional, se apresenta a garantia à cautelar genérica, de natureza constitucional. O poder geral de cautela, assegurado pelo legislador ordinário, só ganha amparo em sede constitucional se a concessão da medida urgente mostra-se absolutamente necessária para afastar dano irreparável e garantir a efetividade do processo (...) Não significa, todavia, seja o juiz pátrio dotado de poder discricionário em sede cautelar. Não se equipara ele ao pretor romano, que, no exercício do imperium, podia decretar os interdicta. Também o poder geral de cautela não se confunde com a excepcional possibilidade de concessão dessa modalidade de tutela sem provocação da parte interessada (CPC, art. 797). Mas está diretamente relacionado com a denominada fungibilidade da tutela cautelar, ou seja, o juiz, no exercício da função cautelar, principalmente à luz do poder genérico de que foi investido pelo legislador, pode adequar a tutela pleiteada aos fatos narrados caso o requerente tenha formulado o pedido correto".

artigos 797 e 798, pode o magistrado a bem da coletividade e utilizando-se das prerrogativas contidas nestes artigos sentenciar da forma como o fez, pois no seu entendimento essa era a medida mais justa.

E é dessa forma que devem agir nossos magistrados, utilizando-se do poder geral de cautela de forma consciente, conduzindo o processo para um desfecho, acima de tudo, justo!

A prestação da tutela cautelar pelo Juiz mesmo antes de ouvir a parte contrária, é requisito da necessidade de pronta e eficaz garantia contra os riscos ao direito ou interesse de um dos litigantes com conseqüente ocorrência de danos durante o desenvolvimento do processo de conhecimento.⁸³

Esse efeito do Poder Geral de Cautela do Juiz encontra-se expresso no artigo 804 do Código de Processo Civil: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu [...]”.

Outro exemplo de poder discricionário do juiz é aquele previsto no artigo 273 do diploma processual civil que cuida da tutela antecipada.

A reforma do Código de Processo Civil veio fortalecer e ampliar o poder discricionário do Juiz, rompendo com a sua limitação às tutelas cautelares, para armá-lo com o instrumento da Antecipação da Tutela, podendo antecipar a eficácia, ainda que provisoriamente, da decisão de mérito, uma tutela preventiva provisória, sempre que entender adequada e necessária.

⁸³ Nesse sentido a opinião de Chiovenda (1935, p. 256), afirmando a necessidade do poder geral de cautela: “in questa latitudine concessa dalla legge spetta AL semo Del magistrato stabilire secondo Le circostanze il modo migliore per La conservazione dello status quo, secondo la ragion composta fra i danni temuti pel diritto e i danni eventuali della misura assicurativa. [...] esiste dunque anche nella nostra legge la figura generale Del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso completamente al giudice di stabilirne l’opportunità e La natura”.

Há doutrinadores como Nelson Nery Junior (2004, p. 474), Teresa Arruda Alvim Wambier (1994, p. 163-164) e Arruda Alvim (2006, p. 387)⁸⁴, que não vêm no Instituto da antecipação da Tutela, poder discricionário do Juízo, defendendo a posição de que a expressão poderá do artigo 273 não é uma faculdade a ele deferida. "Se a lei põe os pressupostos de seu deferimento, cria em favor da parte o direito de obtê-la".

Confrontando essa posição, Cândido R. Dinamarco, (Ibid., p. 140), expõe: "A discricionariedade do juiz na concessão da tutela antecipada reflete-se ainda no poder, que a lei expressamente lhe dá, de a qualquer tempo (antes da sentença, é claro) revogar ou modificar a medida concedida (art. 273, § 4º)".

Não há um prazo determinado para o deferimento ou concessão da antecipação da tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, a qual pode ser deferida desde a propositura da ação até a prolação da sentença definitiva.

Não contém os dispositivos do instituto da Antecipação da Tutela nenhum impedimento ao seu deferimento antes da citação do réu, basta que o juiz se convença da verossimilhança e prova inequívoca da alegação.

No entanto, existem correntes contrárias a essa possibilidade, alegando que tal medida, tratando-se antecipação dos efeitos da tutela, portanto satisfativa, afronta o princípio do contraditório. Entretanto, ela representa uma limitação ao princípio, o qual fica deferido para um momento posterior do procedimento, uma vez que não se trata de juízo final.

Algumas decisões já começam a surgir nesse sentido:

Quando a lei criou o instituto da antecipação da tutela jurisdicional, à similitude das cautelares, não impediu que ela fosse outorgada antes da formação da triangularidade processual, bastando haver adminículos probatórios, de pronto, anexados ao exórdio. Provas boas, firmes e formadoras de certa convicção bastam

⁸⁴ Referimo-nos no texto à larga margem de poder como sendo representada pela maior latitude de interpretação, que resta adjudicada ao magistrado, na aplicação desse art. 273. Não se trata, todavia, de uma autentica margem de poder, tal como ocorre com o fenômeno da discricionariedade, a que é estranho o texto deste art. 273 (não é incomum, todavia, o uso da expressão discricionariedade ('discrezionale'), neste campo, o que, no entanto, constitui-se em erro [...])

para o deferimento da antecipação da tutela, mesmo porque não se trata de juízo finalístico no processo. (7ª Câ. Civ. do TAMG- RT 749/418)

A antecipação da tutela sem audiência da parte contrária é providência excepcional, autorizada apenas quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar (273 do CPC). (3ªCâm. de D. Privado do TJSP – RT 764/221)

Antonio Cláudio da Costa Machado (1999, p. 557), defende a Antecipação da Tutela liminarmente, com aplicação analógica do § 3º do art. 461 do CPC e do art. 804 como autorizadores da realização de audiência de justificação prévia para deferimento liminarmente da antecipação:

Frente à disciplina global da tutela antecipatória que é integrada por certo sistema pelo § 3º do artigo 401, está autorizada pelo sistema a invocação analógica deste último dispositivo para permitir ao juiz realizar audiência de justificação prévia no âmbito da outorga da providência genérica do art. 273.

Contudo, há doutrinadores italianos contrários a esse poder cautelar geral e à antecipação liminar da tutela, entendendo que as cautelares que antecipem situações, provavelmente estão antecipando de forma definitiva.

Nesse sentido o entendimento de Piero Pajardi (1993, p. 15) “*siano in realtà, sempre in via di fatto definitiv*”.

Disso resulta, certamente, também o entendimento de que o processo é o melhor meio para se tutelar direito subjetivo do jurisdicionado, pois traz em seu bojo todas as garantias necessárias e reconhecidas ao sujeito de direito.

4.6 Limites do poder discricionário e o direito de errar

Em decorrência do poder geral de cautela, o juiz deve determinar que uma das partes faça ou deixe de fazer determinada obrigação. Assim, ocorrendo recusa, omissão ou retardamento do ato sem justo motivo pode ocorrer a responsabilidade pessoal do juiz.

Essa responsabilidade está preconizada no artigo 133 do Código de Processo Civil, in verbis:

Art. 133: responderá por perdas e danos o juiz⁸⁵, quando:
I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Portanto, conforme se verifica no citado artigo, o juiz, assim como qualquer outra pessoa, é passível de ser responsabilizado por ato cometido com fraude ou dolo ou quando se omitir, recusar ou retardar ato sem motivo justo.⁸⁶

Para Jose Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 371): “o termo fraude é utilizado para identificar o comportamento do julgador, que se vale do processo para iludir, enganar. Não deixa de ser forma de dolo, pois se constitui de manobras destinadas a enganar”.

De tal sorte, presume-se que a mera culpa não induz em responsabilidade pessoal do juiz, logo, não gera o dever de indenizar.

Por outro lado, a recusa, omissão ou retardamento de ato jurisdicional sem motivo justo gera a indenização por perdas e danos. Logicamente, para haver tal situação é necessário a prova do dano e o nexo de causalidade entre eles.

De outro lado, entendo que a omissão de ato discricionário do juiz, especificamente em face do poder geral de cautela, em podendo decidir de uma forma pelo bem comum, e não o fazendo, se omitindo em deferir a cautela, se restar comprovado o dano, deverá o juiz se responsabilizar pela sua omissão.

⁸⁵ “No curso das Constituições anteriores, o STF entendia inaplicável a responsabilidade objetiva do Estado aos atos judiciais (RTJ 39/190, 56/273, 64/689, 145/268, RDA 105/217). Diversamente das anteriores (CF/69, art. 107), a CF de 1988 não limitou a responsabilidade do Estado pelos danos causados apenas por seus funcionários a terceiros; atualmente, o Estado responde pelos danos de seus agentes, conceito que abrange todos aqueles que exercem função estatal, em caráter permanente ou não, e em que se incluem os membros do Poder Judiciário”. (NEGRÃO, GOUVÊA, 2007, p. 268)

⁸⁶ “A demora na entrega da prestação jurisdicional. Responsabilidade do Estado. Indenização”. (RTJE 144/29, RJ 226/5).

O poder geral de cautela, de forma genérica confere ao juiz o poder de decidir uma causa urgente de forma a assegurar um direito e, em não o fazendo, sem qualquer justo impedimento, incorrerá nas penas do artigo 133 do CPC.

Logicamente que, por possuir um entendimento diverso de uma das partes, ou filiar-se a uma ou outra corrente do direito não estará incorrendo em obrigação de indenizar outrem.

Nesse sentido é o acórdão abaixo transcrito:

A responsabilidade civil do magistrado somente se configura quando se apura tenha ele agido com dolo ou fraude e não pelo simples fato de haver errado. A independência funcional, inerente à magistratura, tornar-se-ia letra morta se o juiz, pelo fato de ter proferido decisão neste ou naquele sentido, pudesse ser sancionado para compor perdas e danos em favor da parte A ou da parte B pelo fato de a decisão ser reformada pela instância superior. Nenhum juiz ousaria divergir da interpretação dada anteriormente pela instância superior: seria a morte do direito, uma vez que cessaria o pendor pela pesquisa, estiolar-se-ia a formação de novos princípios. (RJTJSP 48, p.95).

Na opinião de Daniel Baggio (2006, p. 176), o legislador quis evitar a punição do magistrado por “*error in judicando*” e “*error in procedendo*”, uma vez que tais não foram abordados no artigo 133 do Código de Processo Civil.

A recusa, omissão ou demora no desenvolvimento do ato jurisdicional elencado no artigo 133, II, caracteriza culpa do magistrado, uma vez que a tipificação dolosa da conduta do julgador esta prevista do inciso I do mesmo artigo.

Contudo, entendo que a omissão no poder geral de cautela, dependendo do caso concreto, pode ser considerada dolosa. Uma vez que, provocado, o juiz deve agir de forma rápida e não o fazendo ou demorando quando o direito já não mais puder produzir o efeito almejado, agiu com dolo, porque sabe de seu poder discricionário estabelecido nos artigos 797 a 799 do CPC dentre outros e não o fazendo não somente agirá com culpa mas também com dolo.

No entanto, esse não é o posicionamento majoritário dos doutrinadores, dentre os quais Orestes Nestor de Souza Laspro (2000, p. 252) para quem:

Ao contrário do que ocorre no erro judiciário, o juiz, na sua omissão, responde também pelo comportamento culposo na medida em que, ao contrário da primeira hipótese, na omissão não é feita qualquer restrição à regra geral relativa ao elemento subjetivo, ou seja, em razão de negligência ou imperícia, o juiz não pratica ato que deveria.

De qualquer forma, sendo o ato culposo ou não, para configurar a responsabilidade do juiz, primeiramente o mesmo é intimado por via de escrivão, para que determine a providência em mora no prazo de 10 dias, conforme estabelece o parágrafo único do art. 133 do Código de Processo Civil e o art. 49 da LOMAN.

Urge salientar que, a parte que alegue dano por recusa ou omissão ou demora do ato jurisdicional, deve comprovar o alegado e o dever de indenizar de acordo com o art. 333, I do CPC.

A despeito do preconizado no art. 133 do CPC que cuida da responsabilidade pessoal do juiz conforme anteriormente explanado, é necessário pontuar que o art. 37, § 6.º da CF/88 cuida da responsabilidade civil do estado por atos lesivos de seus agentes e o direito de regresso contra os mesmos, nos casos de dolo ou culpa.

Desta feita, como aplicar ambos os dispositivos, uma vez que parecem se confrontar.

Trazemos à baila a lição do insigne professor Orestes Nestor de Souza Laspro (2000, p. 263-265):

Com efeito, no caso de erro judiciário, se este não é oriundo de dolo ou culpa, caberá ao Estado responder isoladamente, em razão de sua responsabilidade objetiva. Se for oriunda do dolo, nesta incluída a fraude, o Estado e o juiz responderão em conjunto. Nesta hipótese, se a parte demandar somente em face do Estado, este poderá denunciar a lide o juiz ou, depois de condenado, propor ação de regresso; já se a demanda for proposta somente em face do juiz, este responderá isoladamente, pois a responsabilidade do Estado é meramente subsidiária; finalmente, se tratar-se de conduta culposa do juiz, a demanda será proposta somente contra o Estado, que poderá exercer o direito de regresso após a condenação ou utilizar-se da denúncia da lide.

Obviamente que existem posições contrárias, mas filiamo-nos a de Souza Laspro.

De toda a sorte, deve o juiz motivar e argumentar as suas decisões, porquanto passíveis de responsabilidade. Uma vez mais, insistimos que, o juiz, omitindo em uma medida cautelar inominada, deixando de apreciar o pedido liminar, caso venha a causar dano a uma das partes, esta, desde que tenha provas poderá exigir reparação do dano sofrido.

Defendemos no presente estudo que a omissão do magistrado, não exercendo o poder geral de cautela gera uma responsabilidade para o Estado e dependendo do caso concreto, uma responsabilidade pessoal do juiz, porquanto o poder geral de cautela é um poder discricionário do juiz.

Pois bem, mesmo possuindo o juiz o poder discricionário de suas decisões, estes possuem limites.

Chiovenda disse com clareza e precisão “o processo deve dar na medida do que for praticamente possível a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente àquilo que ele tem o direito de obter” (*il processo deve dare por quanto possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello ch' egli há diritto di conseguire*).

Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, que não será excluído da apreciação do Poder Judiciário, a lesão de direito, mas também a ameaça de lesão ao direito.

Objetivando não só alcançar a solução do conflito reparando ou evitando que o dano ocorra, mas também a preservação do prestígio devido e necessário ao Poder Jurisdicional de forma que a busca do amparo judicial não torne causa de prejuízo ao cidadão, o direito processual dispõe de tutelas preventivas principais e tutelas preventivas cautelares.

Rodolfo de Camargo Mancuso (1989) cita Galeno Lacerda: "Discrecionariiedade - "Discrição" não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da Lei".

Os limites do poder discricionário do juiz se confundem com os limites do poder geral de cautela, porquanto um decorre do outro, sendo tais limites:

- não pode o juiz antecipar decisão sobre a lide principal;
- não é dado ao juiz conceder um bem superior ou de outra natureza;
- é inaceitável a concessão de uma medida cautelar que se revele impraticável na execução da ação principal;
- não é incondicional, prende-se às mesmas condições da tutela cautelar típica;
- o Direito Material há que preexistir - o *fumus boni iuris* -;
- não se pode decretar segurança atípica, quando contar com a segurança típica;
- não se admite tutela cautelar para suspender eficácia de decisão judicial.

José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 107-108) afirma que não pode se confundir discrecionariiedade da qual dispõe o juiz com técnica processual, uma vez que o julgador deve seguir a lei, porém com “ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador”.

No mesmo sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau (apud Bedaque, 2006, p. 109):

Discrecionariiedade implica possibilidade de opção entre indiferentes, procedida subjetivamente pelo agente. O juiz, como interprete da lei, não formula juízo de oportunidade, mas de legalidade, pois está atado ao texto. (cf. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 5.^a ed., p. 209-210).

A meu ver, o limite do poder discricionário do juiz, além daqueles limites atados ao limites do processo cautelar é a norma. A aplicabilidade interpretativa da norma teria, então, o seguinte quadro: a) norma clara mesmo assim, existiria mais de uma opção

razoável para a solução do caso estudado; b) existência de mais de uma norma aplicável ao caso; c) inexistência de normas para aplicabilidade em alguns casos, ou seja, há lacuna no sistema jurídico, nesse âmbito se teria a solução pelos mecanismos de integração (analogia); d) existência de uma norma apenas cabível ao caso, com texto claro, mas sua aplicabilidade poderia ser injusta ou socialmente prejudicial, se viabilizaria, então, o mecanismo da equidade; e) precedentes judiciais; existência de um precedente que deva ser modificado mediante a análise de um caso novo.

Diante de todo o explanado acima, podemos concluir que o presente estudo tem por objetivo analisar se o magistrado possui ou não o direito de errar.

Pois bem, o juiz, seja de primeira ou segunda instância, é um ser humano e como tal, passível de erros. Contudo, em razão do cargo e da responsabilidade inerente a sua função, pode o mesmo permitir-se errar?

Haja vista todo o estudo perpetrado, podemos entender que, dependendo do caso concreto, o erro é inevitável, e nessa circunstância, não há como responsabilizar o magistrado e tampouco o Estado.

Por outro lado, há casos tais em que o erro ou é grosseiro, ou poderia ser evitado, e se não foi, é passível a responsabilidade do juiz e conseqüentemente o dever de indenizar pessoal ou estatal ou ambos.

Nesse ínterim é importante o poder geral de cautela, que permite ao magistrado, na análise do caso concreto optar por deferir uma medida de forma cautelar, ou indeferi-la.

Entendo, ainda, ser possível, o deferimento de uma medida diversa da pleiteada pelo autor, se, o magistrado assim entender, em decisão devidamente fundamentada.

Muitas vezes, o bom senso e a justiça nem sempre são percebidas e são esses ícones que devem ser perseguidos pelo julgador.

No caso concreto deve ser analisado o perigo da demora, a existência de eventual direito e acima de tudo qual o direito ameaçado, se é um direito fundamental ou não, se há perigo de lesão ou dano de difícil reparação.

E se ocorrer colisão de direitos fundamentais? Não pode o magistrado omitir-se ou decidir a lide de forma automática. É necessária uma análise profunda de cada situação que lhe é apresentada e julgar o feito com a certeza de ter alcançado ou pelo menos tentado alcançar a justiça e o processo justo!

Portanto, o juiz, ao deparar-se com uma medida cautelar, seja qual fora a natureza da mesma, deve utilizar o poder geral de cautela e decidir de forma justa, buscando sempre, de forma imparcial, a justiça.

Muitas vezes o magistrado, nessa busca irá errar, todavia, é melhor errar sem culpa ou dolo, do que “acertar” com culpa ou dolo.

4.7 Cognição, certeza e prova inequívoca

O *caput* do art. 273 prescreve que o juiz poderá antecipar a tutela *desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação*⁸⁷. A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação são os pressupostos genéricos, que devem estar presentes juntamente com os pressupostos específicos que serão estudados adiante⁸⁸.

Traduzindo-se de forma literal, a palavra *inequívoca* se refere a algo certo e seguro, traduz-se na certeza do direito pleiteado de forma não equivocada, que não dê

⁸⁷ “Os conceitos de prova inequívoca e verossimilhança não podem ser analisados isoladamente. É de uma valoração conjunta desses conceitos que se dimensiona a exigência contida no ‘caput’ para a antecipação de tutela. Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento”. (RJTJERGS 179/251).

⁸⁸ Os pressupostos da tutela antecipada são concorrentes, a ausência de um deles inviabiliza a pretensão do autor”. (STJ – 2ª Turma, Resp 265.528 – RS, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 17.06.03, negaram provimento, v.u., DJU 25.8.03, p. 271).

margem a erro ou engano. Porém, é sabido que prova alguma é inequívoca, porque não há prova que transmita certeza absoluta de um fato ou acontecimento, podendo – se dizer que a prova só é absoluta até que contestável.

Exemplo disso é a escritura pública que em princípio é dotada de fé pública, mas o que não quer dizer que essa prova escrita não possa ser falsa. O mesmo é o caso da prova testemunhal, onde o depoente pode macular a prova, ou até mesmo relatar um fato que não foi compreendido de forma correta.

No entanto, não se pode admitir a interpretação do dispositivo nesse sentido, já que se assim o fosse jamais teríamos o deferimento da tutela antecipada. Na verdade, referiu – se o nosso legislador a prova inequívoca como aquela suficiente para formar um juízo de evidencia ante dos fatos expostos, possibilitando, destarte, a antecipação da tutela.

Segundo Carreira Alvim (1995, p. 102), “prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que a seu respeito, não possa ser oposta qualquer duvida razoável, ou, cuja autenticidade ou veracidade seja provável”.

Compartilhando desse entendimento Humberto (2003, p. 566), salienta que a prova para ser inequívoca “terá que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito ano se possa levantar duvida razoável” e complementa que inequívoca é a prova capaz de deferir provimento favorável àquele que pleiteia a tutela antecipada se a causa pudesse ser decidida desde logo.

Já Marinoni (2003, p. 243), sustenta que a prova inequívoca contida no art. 273 “somente pode ser entendida como ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil” o que para ele ainda não é o suficiente para declarar a existência ou não do direito. Para o autor, a prova inequívoca é aquela que tenha aparência de verdade, não sendo, portanto, a prova suficiente para declarar o direito material, pois se assim o fosse, seria caso de julgamento antecipado e não de tutela antecipada.

Na verdade, o adjetivo *inequívoca* quer dizer que a prova deve trazer segurança suficiente para o magistrado decidir sobre os fatos que lhe são apresentados.

No tocante as provas, todas e qualquer capaz de levar ao convencimento do juiz sobre a existência do fato podem ser utilizadas, ressalvando-se a limitação constitucional do art. 5º, inciso LVI, quanto às provas obtidas por meios ilícitos.

Interessante ainda, é o requisito da *verossimilhança* da alegação exigida pelo caput do art. 273, que deve estar presente junto com a prova inequívoca.

Passaremos a demonstrar no que consiste a verossimilhança da alegação para alguns autores.

Para Humberto (2003, p. 566), a verossimilhança da alegação:

Refere – se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação da tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como o abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Dinamarco (2001, p. 143) sustenta que a verossimilhança decorrente da prova inequívoca no *caput* do art. 273, “é mais do que o *‘fumus boni iuris’* exigido para a tutela cautelar”. Para o autor, a presença da fumaça do bom direito não é suficiente para o deferimento da antecipação da tutela, sendo necessário algo mais.

Carreira Alvim (1996, p. 36) conclui que “diante de uma alegação, a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhes são contrários (divergentes”. Segundo o autor, sendo os motivos convergentes superiores, aumenta – se probabilidade, sendo os motivos divergentes superiores, ao juízo de probabilidade diminui.

Para exemplificar, Carreira Avim (Ibid., p. 36) relata a situação em que se colocam cinco bolas vermelhas em uma caixa, onde não é possível prever se você vai tirar bola vermelha ou branca, porque seu numero é equivalente, sendo uma situação de duvida –

mera possibilidade. Se inserirmos mais bolas brancas e retiramos vermelhas, ter-se-á à probabilidade, assim, na medida em que se vai colocando mais bolas brancas e retirando as vermelhas, eleva – se o grau de probabilidade chegando-se ao probabilíssimo, que é quase certeza. Se dentro da caixa estiver apenas uma bola vermelha e nove brancas, pode ser que se tire a vermelha, porém é mais provável que se tire a branca.

Nas palavras de Teori Albino Zavascki (2000, p. 76), “a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos”.

Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 41), assevera que:

Melhor do que entender o que é verossimilhança da alegação voltada sobre si mesma é entender que esta expressão é destinatário da expressão de que, na letra da lei, é – lhe imediatamente anterior. É prova inequívoca que conduz o magistrado a um estado de verossimilhança da alegação. Verossimilhança no sentido de que aquilo que for narrado e provado parece ser verdadeiro. É demonstrar ao juízo que, ao que tudo indica, mormente à luz daquelas provas que lhe são apresentadas (sejam documentais ou não), o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o autor pretende alcançar na sua investida jurisdicional.

Conforme as posições acima expostas, observam – se que a verossimilhança consiste na probabilidade de veracidade dos fatos aduzidos pelo autor na petição inicial.

Há aparente contradição entre os dois requisitos exigidos pelo caput do art. 273, já que a prova inequívoca parece estar ligada à absoluta certeza, enquanto a verossimilhança se relaciona à probabilidade de certeza, conforme demonstra Candido Rangel Dinamarco (2001, p. 100):

A dar ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque inequívoca é a prova tão robusta que não permite equívoco ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não a mera verossimilhança.

Convencer – se da verossimilhança, ao contrario, não poderia significar mais do que imbuir – se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art.273 do Código de Processo Civil, chega – se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança.

Pode-se perceber que a verossimilhança, relativamente ao convencimento do juiz, nada mais é do que mera consequência da prova inequívoca, feita pela parte requerente; é a partir da demonstração dos fatos que o julgador poderá decidir pela aparência verdadeira da alegação.

É importante mencionar, que existem fatos que independem de provas, conforme os previstos no art. 334 e incisos do CPC, tais como os fatos notórios, os admitidos no processo como incontroverso, dentre outros. Sendo assim, não será necessário, nesse caso, a observância da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação para que se conceda a antecipação da tutela.

Para concluir, os requisitos em estudo são tão rígidos, que se pode dizer que a antecipação da tutela constitui um prognóstico da sentença, pois cerca de 95% dos casos de seu deferimento no curso da causa são confirmados quando a sentença, ou seja, constitui numa probabilidade tão grande que ao final é confirmada pela certeza.

4.8 Fundado receio de dano irreparável

Além dos pressupostos genéricos prova inequívoca e verossimilhança das alegações previstos no *caput* do art. 273 do CPC, exige – se também a presença de um dos pressupostos específicos, qual seja, que o retardamento do provimento jurisdicional possa causar ao autor dano irreparável ou de difícil reparação, ou que o réu esteja abusando do seu direito de defesa ou utilizando – se de meios protelatórios.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, previsto no inciso I, é semelhante, em termos ao disposto no § 3º, do artigo 461 do mesmo código: [...] havendo justificado receio de ineficácia do provimento final [...], que fora introduzido no Código de Processo Civil por força da Lei 8.952, de 13.12 de 1994.

Nota-se que *dano irreparável ou de difícil reparação* não constitui novidade no direito processual brasileiro, tendo em vista que no processo cautelar há a lesão grave e de difícil reparação (art. 798 - CPC), que consiste em situações parecidas em que ambas primam por uma tutela de urgência, embora os requisitos da tutela antecipada sejam mais rígidos que o da tutela cautelar, por possibilitar a satisfação provisória do direito.

Athos Gusmão Carneiro (2004, p. 32) ao escrever sobre o dano como pressuposto comum às cautelares e à antecipação de tutela sustenta que:

Haverá dano quando a permanência do “status quo”, enquanto se sucedemos atos processuais, seja de molde a acarretar ao autor prejuízos de média ou grande intensidade (os prejuízos mínimos não autorizam os provimentos de urgência, invasivos da esfera jurídica do demandado) a direito seu, quer direito personalíssimo, quer direitos patrimoniais; dentre eles, de gravidade máxima será o dano consistente na privação de prestações de natureza alimentar, ou no perecimento do próprio direito, caso não concedida a tutela de urgência.

Observa – se que o dano a que se refere o inciso I do art. 273, pode ser um dano externo e não apenas e necessariamente o de perecimento da pretensão.

O fundado receio para a maioria dos doutrinadores não se traduz em mero temor por parte do autor, deve ser verificado na análise do caso concreto, conforme Humberto Theodoro (2002, p. 340) para quem:

Fundado é o receio que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objetos de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, por si só, justificar a antecipação da tutela. É a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer substancialmente a satisfação do direito subjetivo da parte.

Por outro lado, Carreira Avim (1996, p. 66) entende que o juiz deve analisar o receio de não só de forma objetiva, mas também subjetiva, pois sintetiza que os fatores idade, sexo, instrução e condição social podem ser determinantes para verificação do receio, já que o “velho sente mais temor que o moço, a mulher mais que o homem e a criança mais

que a mulher, não podendo tais circunstâncias ser desconsideradas, sob pena de se negar a tutela a quem esteja em condições de merecê-la”.

Por ser a tutela antecipada uma medida destinada a impedir que o provimento final não seja mais útil para a parte, com o intuito de preservar o resultado útil da tutela jurisdicional, é que o legislador possibilita a tutela nesses casos, pois a situação de urgência é que justifica a antecipação do provimento final, não se permite o seu deferimento somente porque o requerente poderá auferir alguma vantagem, não sendo a simples demora da demanda motivo justificável para o deferimento da medida.

Na verdade, o receio de dano deve ser decorrente de riscos efetivos, com origem em situações concretas, demonstrando que a falta de tutela poderá resultar em dano irreparável ou de difícil reparação. Portanto, existindo o perigo, esse deve ser provado através de elementos que corroborem com as assertivas contidas na inicial.

De início, deve-se ressaltar que os pressupostos em análise não se confundem com o perigo de dano que traz ínsito a idéia de urgência em prevenir ou elidir tal dano, como já fora mencionado. O abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu foram criados para dar maior efetividade ao processo, desestimulando e reprimindo o seu uso indevido ou em demasia por parte do réu.

Nota-se que constitui uma modalidade de tutela antecipatória de caráter sancionatório, onde se pune o réu que se utiliza de meios escusos para protelar a decisão da causa, se beneficiando do *status quo*.

O inciso II do art. 273 prevê a ocorrência de duas situações distintas, quais sejam, “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”, assim, podem ser analisada separadamente, possibilitando uma melhor compreensão d casa qual, embora estejam interligadas e ate mesmo se confundem.

No que tange ao abuso do direito de defesa, não se pode perder de vista que a defesa do réu é um direito previsto no inciso LV, do art. 5º da Carta Magna, desse modo, é preciso elucidar em quais circunstâncias é possível alguém abusar de um direito constitucionalmente garantido, de forma a tornar o ato lícito de se defender em um ato ilícito de abusar desse direito de defesa.

Primeiramente devemos compreender qual o alcance, o sentido, da palavra “defesa”. Seria apenas o significado de contestação ou simplesmente de resposta? Segundo Calmon de Passos, Carreira Alvim e Cândido Rangel Dinamarco, a palavra “defesa” estaria relacionada à contestação e não à resposta, sustentando que tanto o inciso II do artigo 14, como o inciso I do artigo 17, ao referir – se a palavra “defesa” emprega o sentido de razões dedutíveis pelo réu contra a pretensão do autor, razões que encontram na peça contestatória, o seu veículo formal, segundo o disposto no art. 300 do CPC.

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 17, resumiu os diversos casos de litigância de má – fé, dentre eles, quando *opuser resistência injustificada ao andamento do processo* (inciso IV), que compreende qualquer ato sem apoio de lei que pretende a protelar o prosseguimento do processo.

Partindo desse pressuposto, o termo “defesa” deve ser compreendido como qualquer manifestação do réu no processo, não só os atos contidos na peça contestatória, tal qual as defesas (contra o mérito da causa) e as defesas indiretas (contra o processo) que embora sejam a forma mais comum de oferecer resistência às pretensões do autor não são as únicas, pois poderá na mesma oportunidade de contestar, reconvir, oferecer ação declaratória incidental sem fundamento, caracterizando assim, abuso do direito de defesa.

Ademais, o “abuso de direito de defesa” pode se evidenciar d inúmeras formas, já que ao réu cabe objetar, excepcionar ou contestar as pretensões do autor, não sendo totalmente correta a afirmação de que somente na peça contestatória poderia estar presente o

abuso do direito de se defender. Tanto é verdade que o próprio Calmon de Passos (1995, p. 18) ao concluir a respeito do abuso de direito, abre todas as possibilidades ao dizer:

Talvez a melhor maneira de se definir o abuso do direito seja dizer – se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida ao seu titular, sem outro fim, mesmo lícito que seja ou moralmente justificável. Todo desvio de finalidade é um abuso.

Destarte, pode-se dizer que o abuso de direito é a prática, no curso do processo, de atos indevidos e desnecessários, ou seja, impertinentes. Lembrando que o autor também pode abusar de seu direito, o que o leva a condenação de litigante de má-fé.

Superada a definição de abuso de direito de defesa, traçaremos o que vem a ser “manifesto propósito protelatório do réu”, que constitui também modalidade de litigância de má-fé, onde o demandado objetiva de forma reprovável, obstar o trâmite normal do processo.

Aqueles que entendem que o abuso de direito de defesa se evidencia apenas na contestação, pelo exercício exorbitante do direito de contestar, sustentam que o “manifesto propósito do réu” se evidencia por qualquer outro ato não relacionado à contestação, que tenha por escopo o retardamento do processo.

Embora haja esse posicionamento, acredita – se que na prática não tem de toda aplicação, conforme se demonstrará a seguir.

O artigo 17 do CPC elenca os casos de litigância de má – fé e dispõe no inciso I que a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso constitui litigância de má – fé, o que nas palavras de Luciana Gotijo Carreira Alvim (2003, p. 64) “é ato condenável que configura um abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, e, da mesma forma quando altera a verdade dos fatos (inciso II) em que se funda a defesa, deturpando – os para encobrir as suas alegações”. Verifica-se aqui que essa atitude por parte do réu na peça contestatória pode constituir tanto abuso do

direito de defesa, quanto manifesto propósito protelatório, daí afirmação que ambos se confundem.

Dentre os outros casos previstos no artigo 17 que caracterizam intenção reprovável por parte do réu, a hipótese do inciso VII, que prescreve de recurso manifestamente protelatório que é vista por Athos Gusmão Carneiro (2004, p. 36) como abuso de direito *quando inanes seus fundamentos*, mencionando o emérito autor a observação feita por Marinoni quanto à interposição de recursos por entidades de direito publico com base em normas já declaradas inconstitucionais, ou com fundamentos adversos à jurisprudência sumulada nos tribunais, que levou a edição da Lei 9.469, de 10.07.1997, que no art. 4º autoriza o Poder Público não recorrer nestes casos.

Observa – se que na hipótese acima, o abuso de direito se evidencia não na peça contestatória, mas sim na peça recursal, o que nos faz reafirmar mais uma vez que a expressão defesa alberga sentido mais amplo que apenas o de contestar.

Marinoni (1999, p. 146), tem posição particular no sentido de que o abuso do direito de defesa não se confunde com a litigância de má-fé, no entanto, alguns elementos contidos no artigo 17 do Código de Processo Civil, colaboram para a caracterização do abuso do direito de defesa, contudo, não sendo guias para a compressão da tutela antecipada nesse caso.

Para nós, o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório são modalidades de litigância de má-fé, assim, evidenciado o direito do autor e o réu se comportarem de algumas das maneiras elencadas no art. 17 do CPC, poderá sim, ser deferida a tutela antecipada com base nesse comportamento reprovável, servindo portanto, tais comportamentos de guia para a compreensão da tutela antecipada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Protelatório, segundo Calmon de Passos (1995, p. 25) “é tudo que retarda, sem atendível, o andamento do feito. E esse instituto é manifesto quando desprovido do ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática”.

O manifesto propósito protelatório fica evidenciado quando o réu utiliza – se de meios para procrastinar o andamento do processo, retardando a prolação da sentença; quando o direito do autor está evidentemente provado e o réu em sua defesa não apresenta argumentos consistentes para atacá-lo, aproveitando – se da situação em que se encontra e prejudicando o autor.

Como se percebe, os pressupostos abuso de direito defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, só poderão ser verificados no curso da ação, de tal forma, incabível é o pedido de antecipação da tutela com tais fundamentos na peça inaugural; só poderá ser feito, portanto, incidentalmente, ou seja, no curso do processo, após manifestação do réu.

4.9 (I) reversibilidade da medida

Devemos primeiro pensar que se concedida uma medida capaz de gerar efeitos irreversíveis, estaríamos diante de uma violação aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa previstos no inciso LV do art. 5º da Carta Magna. A tutela antecipada não pode criar um fato consumado ou definitivo sem possibilidade de retornar ao estado anterior.

É por esse motivo que § 2º do art. 273 dispõe que “não se concederá a antecipação da tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Ao exigir o requisito em análise, quis o legislador por a salvo o direito do demandado à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto à natureza da irreversibilidade, a grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de uma irreversibilidade fática.

Carreira Alvim (1996, p. 74) entende:

No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão num determinado sentido comporta decisão em sentido contrário -, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta que poderá correr risco de não ser resposta no “statu quo ante”, ou não sê – lo em toda a sua inteireza, ou sê – lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar.

Na mesma linha, José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 341) diz que “o óbice de irreversibilidade refere-se aos efeitos, não ao próprio provimento, que se quer é objeto de antecipação. E mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível”.

Marinoni (1999, p. 147), por sua vez, sustenta que a irreversibilidade do provimento não se confunde com “irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento, pois o que § 2º do artigo 273 veda é apenas a tutela antecipatória (de natureza constitutiva ou declaratória) nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas”, tendo em vista a sua viabilidade e utilidade em face das situações concretas. Para exemplificar o posicionamento de Marinoni, imagine numa ação de conversão de separação judicial em divórcio, não poderia o juiz antecipar provisoriamente o divórcio, permitindo que a parte possa vir se casar, pois ao final a ação pode vir a ser julgada improcedente.

Alega ainda o mesmo autor que se fosse a irreversibilidade dos efeitos fáticos, a própria lei teria previsto.

Com relação ao perigo de irreversibilidade como circunstância impedida da tutela antecipada, a maior parte da doutrina entende que não pode ser obstáculo insuperável

para o deferimento da tutela antecipada sob pena de estar tornando inócua a razão de ser do instituto. Isso porque, há inúmeras situações em que a falta de satisfatividade por questões de irreversibilidade pode levar ao perecimento do próprio direito.

Dentre os que pensam assim estão Sérgio Bermudes, Luiz Fux, Marinoni, Nelson Nery e Carreira Alvim, que alegam que a tutela cautelar, não raras vezes, produz efeitos irreversíveis, como na ação de exibição de documentos; na entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II); demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público (art. 888, VIII) etc.

Carreira Alvim (1996, p. 77) cita a hipótese em que, para salvar a vida do paciente, seja necessário amputar sua perna, porém, tenha que obter autorização judicial uma vez que o paciente resista. Sabe-se que uma vez amputada a perna, jamais poderia ser revertida tal situação.

O mesmo é o caso da necessidade de uma transfusão de sangue. É mais importante salvar a vida da pessoa ou garantir a reversibilidade do ato? Em situações excepcionais, deve-se sacrificar o valor “segurança”, sopesar os interesses em conflito e garantir o mais relevante e fundamental. É a aplicação do princípio da proporcionalidade para que seja menos gravosa a solução dos direitos colidentes.

É um tanto quanto difícil para o juiz optar por um dos valores, mas se não houver outra maneira, é sua sensibilidade diante do caso concreto quem dirá se necessário sacrificar um deles, mesmo que irreversível a situação criada por aquela decisão.

O § 4º do artigo 273 prevê que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. A revogação se dá em razão de não ser necessária à manutenção da medida por não mais permitirem as situações ou fatores que a ensejaram.

É a ocorrência de fato superveniente que autoriza a revogação da medida outrora concedida, porém, questiona-se um fato preexistente, porém não alegado até o momento de seu deferimento é capaz de dar ensejo à revogação da tutela antecipada.

A regra presente em nossa sistemática processual é de que o réu deve alegar na contestação toda matéria de defesa, demonstrando suas razões de fato e de direito e especificando as provas que pretende produzir, sob pena de preclusão (CPC, art. 300). Uma vez não impugnados os fatos, serão presumidos verdadeiros, salvo exceções previstas no artigo 302 do mesmo diploma legal.

A regra acima demonstra que não poderá o réu deduzir novas alegações após a contestação, pois já se passou o momento oportuno, entretanto, o artigo 303 elenca hipóteses em que o réu poderá inovar no processo e dentre elas está a de deduzir novas alegações quando relativas a direito superveniente, o que nos leva a conclusão de que um fato preexistente, impeditivo da concessão da medida, não seria capaz de revogá-la uma vez que não haveria oportunidade de ser alegado.

Todavia, tal conclusão pode ser relativizada se pensarmos na hipótese em que o juiz, para a formação de seu convencimento determine a produção de provas, e da análise das mesmas verifique que havia e há um fato que se alegado no momento em que se deferiu a tutela antecipada, obstaria a sua conclusão. Nesse caso, seria possível revogar a medida em razão de fatos preexistentes, uma vez que se tornou inviável a sua manutenção.

Teori Albino Zavascki (2000, p. 207) preleciona que a revogação “é providência cabível, basicamente em duas situações: a) com a mudança do estado de fato ou b) com o aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado, em função, inclusive, da mudança do estado da prova”.

Resta-nos saber se a revogação de uma tutela concedida seja em razão de fatos supervenientes ou não, pode ser feita de ofício pelo juiz ou somente mediante requerimento da parte.

Carreira Alvim (1995, p. 91), entende que o juiz não pode revogar a antecipação da tutela de ofício, nem mesmo por erro, pois um dos requisitos para sua concessão é o requerimento da parte e assim, também para a sua revogação ou modificação a parte deverá formular requerimento.

A corrente dominante, entretanto, entende que está no âmbito da discricionariedade do juiz a revogação ou a modificação de ofício, pois o processo começa por iniciativa da parte, mas desenvolve – se por impulso oficial (CPC, art. 262); esse é o posicionamento de Dinamarco, Manoel Antônio T. Filho etc.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em julgamento de agravo de instrumento proferiu decisões no seguinte sentido:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Revogação de Ofício. Admissibilidade. Pode o juiz revogar, de ofício, a antecipação da tutela sempre que, ampliada a cognição, se convencer da inverossimilhança pedido. E assim é porque a tutela antecipada importa em juízo provisório de procedência total ou parcial da demanda baseada na verossimilhança da alegação. Se no curso do processo, mormente quando da prolação da sentença de mérito, o conjunto probatório convença o juiz em sentido contrário, seria ilógico e injustificável que não pudesse revogar a decisão provisória. Desprovemento do recurso. (TJRJ, 2ª CC, AI nº. 2003.002.08756, Rel. Dês. Sérgio Cavalieri Filho).

Revisão de aluguel. Redução por vício do imóvel. Tutela antecipada. Ilegalidade absoluta do deferimento da antecipação da tutela, com ferimento do princípio constitucional do contraditório. Deferimento, aliás, que não se fez com a indicação de modo claro e preciso das razões que convenceram o MM Juiz. Revogação cabível a qualquer tempo, por provocação ou de ofício, por decisão fundamentada. Incidência das regras dos artigos 5., inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, e 273 parágrafo 1º e 4º, do Código de Processo Civil. Antecipação, ademais, que se demonstra absolutamente incabível, em face da manifesta ausência da verossimilhança da alegação. Decisão confirmada. (CEL). (TJRJ – AI nº 3610/98- RJ – 4º C. Civ. – Rel. Juiz Jair Pontes de Almeida – J. 06.08.1998).

Observa-se que é perfeitamente concebível que o juiz revogue de ofício uma medida antecipatória.

O emprego da locução *a qualquer tempo* indica que o órgão que concede a tutela antecipada pode revogá-la, enquanto possuir ofício jurisdicional, sendo-lhe vedado proceder de tal forma depois de encerrado o referido ofício, nos termos do artigo 463 do Código de Processo Civil⁸⁹, ressalvando o caso de interposição de embargos declaratório. Porém, não se pode admitir que o juízo de retratação somente possa ser exercido pelo magistrado se interposto o agravo.

Admitir sua revogação ou modificação a qualquer tempo, sem o estabelecimento de um prazo preclusivo da decisão do juiz e sem a observância dos motivos, acarretaria a concessão da tutela antecipada sem a acurada análise de seus requisitos, o que geraria uma instabilidade com o grau de quase – certeza que lhe é inerente, eis que, embora provisória e reversível, tem tendência à definitividade uma vez que analisa o próprio mérito.

4.10 Concessão de liminares e suas restrições

O legislador processual civil não estabeleceu um momento processual adequado para que a parte faça o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, assim, pode ser ele efetuado a qualquer momento, a critério do autor. Poderá ser feito na peça inicial, quando fundada no perigo de dano (CPC, 273, I); após a contestação, no curso da causa em qualquer das hipóteses e por fim, em 2º grau de jurisdição, que poderá ocorrer até mesmo em ação rescisória.⁹⁰

⁸⁹ Art. 463: Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para lhe corrigir; de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erro de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.

⁹⁰ Athos Gusmão Carneiro (2005, p. 93) defende que: “impõe-se, assim, a bem da harmonia do sistema, uma reformulação do Livro III do CPC, no sentido de que passe a reger não apenas as ‘medidas cautelares’, mas sim, as ‘medidas de urgência’ em geral, nestas compreendidas as medidas propriamente cautelares e as antecipatórias de tutela, e bem assim os processos que devam ser decididos em seu mérito com extrema urgência e sob cognição sumária, sem a eficácia (por certo) de coisa julgada formal (entre estes, v.g., a autorização judicial para a transfusão de sangue a paciente menor de idade, negada pelos pais sob invocação a motivo religioso; a autorização judicial para sepultamento, negada pela administração do cemitério sob pretexto burocrático, etc.). Enquanto tal não ocorre, cumpre sejam aceitos os pedidos ‘antecedentes’ de antecipação de

Facultou o legislador o pedido de tutela antecipada, podendo ser ela requerida a qualquer momento, provando-se os seus requisitos. Não há que se falar, portanto, em preclusão do pedido, uma vez que pode ocorrer incidentalmente ou antecedentemente, isto é, no instante em que a urgência restar configurada.

Neste diapasão, é importante mencionar o projeto de Lei 186/05 que prevê a estabilização da tutela antecipada, elaborado por uma comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual composta pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, admitindo a antecipação da tutela em procedimento antecedente.⁹¹

Em que pese às novidades trazidas pelo PLS 186/05, o mesmo foi arquivado em 07/03/2007 após ser distribuído a Senadora Ideli Salvatti.

Porém, há em andamento, um esboço de Reformulação Legislativa apresentado em 2007 no Instituto Brasileiro de Direito Processual pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro, cujo conteúdo visa à simplificação e maior eficiência do sistema processual brasileiro em relação às tutelas de urgência.⁹²

tutela, aplicando-se-lhes, por analogia, o procedimento e as normas relativas às ações cautelares que o CPC chama de ‘preparatórias’.

⁹¹ De acordo com Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 104) “Admite que a antecipação da tutela seja requerida em procedimento antecedente (art. 273-A), aplicando-se, nesse caso, as regras do Livro III, Título Único, Capítulo I, do Código de Processo Civil, isto é, as disposições gerais atinentes às medidas cautelares (273-B). Se a antecipação da tutela vier a ser concedida em procedimento antecedente, poderá o réu ajuizar demanda que vise à sentença de mérito (alínea “a”, do § 1.º do art. 273-B) ou o autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão (alínea “b”, do § 1.º do art. 273-B). Caso não seja ajuizada a ação, o que significa que as partes estão satisfeitas com a decisão antecipatória, esta adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida. De outro lado, caso antecipada a tutela no curso do processo, faculta-se à parte interessada, no prazo de 30 dias contados da preclusão da decisão concessiva requerer o seu prosseguimento, a decisão antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida (parágrafo único do art. 273 – C). Por fim, tenha-se presente que a extinção da demanda sem resolução de mérito não ocasionará a perda da eficácia da decisão antecipatória, salvo se for reconhecida carência da ação, se incompatíveis as decisões (art. 273 – D)”.

⁹² Nesse esboço também admite a antecipação da tutela de forma antecedente, havendo a inserção do art. 881 – D e 881-E: art. 881-D: “Caso o requerido não haja impugnado o pedido de antecipação de tutela formulado em processo antecedente, e preclusa a decisão concessiva, é facultado, no prazo de sessenta dias: I – ao réu, propor ação que vise o julgamento da lide; II – ao autor, em caso de antecipação parcial, propor ação que vise a satisfação integral de sua pretensão. § 1.º Não proposta a ação, a decisão concessiva da antecipação da tutela adquire força de coisa julgada. § 2.º Não se aplica o disposto neste artigo nos casos de citação ficta (art. 802).

Por sua natureza de incidente processual, deve ser concedido por decisão interlocutória nos próprios autos em que será definida a tutela definitiva. Essa decisão tem natureza provisória, sendo possível a qualquer momento de modificação e revogação.

A tutela antecipada é concedida quando presentes os requisitos autorizadores da medida, porém, pode se verificar no curso da causa que a medida não é mais pertinente, ou seja, que cessaram os motivos que a ensejaram ou que o réu demonstrou não ser mais justificável a sua permanência, o que permite ao juiz revogar a tutela antecipada, restabelecendo o *status quo ante*.

Há divergência doutrinária quanto à antecipação da tutela inaudita altera parte, existindo juristas que entendem insustentável essa possibilidade em razão da violação do princípio do contraditório e, por outro lado, os que entendem ser perfeitamente concebível, constituindo a maior parte da doutrina e com aval da jurisprudência que se firmou nesse sentido.

A antecipação da tutela embasada no inciso I do artigo 273, que trata da hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação pode ser concedida antes da ouvida do réu⁹³, segundo o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 368) para quem “na antecipação de natureza cautelar; cujo objetivo é assegurar a utilidade do provimento definitivo, pode o juiz determiná-la a qualquer momento, mesmo antes da citação ou em sede recursal”, argumentando o autor presentes os requisitos exigidos pela lei no momento do

Art. 881 – E : “Se o requerido houver impugnado o pedido, cumpre ao autor propor a ação de conhecimento no prazo de 30 (trinta) dias, contados da juntada aos autos do mandado ou documento que comprove a integral efetivação da medida; não o fazendo, a decisão concessiva da antecipação perderá sua eficácia”.

⁹³ Nesse sentido, “Recurso Especial. Processual civil. Alegada violação do art. 520, VII do CPC. Inocorrência. Antecipação da tutela concedida na sentença. Possibilidade. A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do decisum. Precedentes do STJ: (REsp. 648.886/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 06.09.2004; REsp 473.069/SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 19.12.2003; REsp. 279.251/SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ 30.04.2001). Recurso Especial desprovido” (STJ – 1.ª T. – Resp. 706.252/SP – rel. Min. Luiz Fux – j. em 13.09.2005 – DJ 26.09.2005).

ajuizamento da ação, não há razão para impedir o deferimento da medida mesmo antes do ingresso do réu no processo.

Nelson Nery (1995, p. 58), por sua vez, além de participar desse entendimento, aduz que:

A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contraditória. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo “*inaudita altera pars*”, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica deferido para momento posterior do procedimento.

Marinoni (1999, p. 140) manifesta sua concordância com a idéia, assinalando que “o próprio artigo 273 não poderia vedar a concessão da tutela do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar todas as situações de perigo”. Não sendo possível ao legislador delimitar todas as situações em que o bem em litígio possa sofrer dano, deverá a tutela antecipada ser concedida se o caso concreto exigir.

Para esses doutrinadores, o caso concreto é o que permitirá verificar a necessidade ou não a antecipação da tutela sem a ouvida da outra parte, sendo totalmente inviável a manutenção de posição em sentido contrario que obsta esta hipótese de forma absoluta.

Por outro lado, Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 184) nega tal possibilidade sob alegação de que a citação é providência exigida pelo contraditório, entendendo que “se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional”.

Teori Albino Zavascki (2000, p. 105) seguindo essa mesma linha, salienta “que a providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário”.

O argumento com base no princípio do contraditório não constitui empecilho intransponível ao deferimento da tutela antecipada, devendo tal princípio ser interpretado de forma a não impedir o deferimento da tutela antecipada antes da citação, isso porque, não há violação do contraditório, como bem salientou Nelson Nery, mas sim sua postergação.

Reforça essa idéia o entendimento de Barbosa Moreira, citado em nota de rodapé por Bedaque (2003, p. 368) ao colocar o exemplo do processo cautelar “se lá é possível (no processo cautelar), aqui também deve ser, porque certa medida, os dois tipos de providencias visam não ao mesmo fim, mas a fins análogos: permitir a realização da boa justiça, de tal maneira que ela seja praticamente eficaz e não apenas teoricamente eficaz”.

O Tribunal de Justiça do Paraná proferiu a respeito do assunto:

Tutela Antecipada – Ação Declaratória de Reconhecimento de Sociedade Irregular, desconsideração de personalidade jurídica e responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios – Presença dos requisitos legais – concessão – ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa – inoportunidade – decisão mantida – Agravo desprovido – 1] A concessão de tutela antecipada inaudita altera parte – estando presentes seus pressupostos legais, apreciados em cognição sumária - , não ofende os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, conforme os seguros ensinamentos de Humberto Theodoro Junior, Calmon de Passos e Barbosa Moreira, entre outros insignes doutrinadores.2] Havendo indícios suficientes da prática de atos que podem redundar em prejuízo aos credores, e perfeitamente admissível a medida de desconsideração da personalidade jurídica da empresa. (TJPR, 6º CC, AI nº 139392000, Rel. Dês. Leonardo Lutosa, julg. em 01/10/2003).

Com base na decisão acima e argumentos expostos, verifica-se que não há óbices para que a tutela antecipada seja deferida sem a oitiva do réu quando na petição inicial estejam presentes os pressupostos e, que de sua análise verifique um perigo de dano que poderá afetar o próprio direito. Ademais, o legislador não impediu de forma expressa essa possibilidade, assim, não cabe ao intérprete vedá-la sem argumentos válidos, sob pena de anular os objetivos do instituto.

Como se pode observar, grande parte da doutrina e jurisprudência se posiciona a favor da tutela antecipada *in initio litis* com fundamento no artigo 273 inciso I,

fazendo reserva quanto à fundada no inciso II do mesmo dispositivo, a chamada tutela sancionatória, com base no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em princípio, somente após a contestação se poderia aferir se o réu está abusando do seu direito de defesa ou agindo com intuito protelatório, porém Nelson Nery (1995, p. 70), sustenta a possibilidade de ser deferida a tutela antecipada *initio litis* com fundamento no inciso II do artigo 273, sempre que ficar caracterizado que o réu agirá de maneira temerária no processo, como na hipótese em que o autor tenha contrato preliminar de compra e venda de imóvel, no qual exista cláusula de prazo para a entrega do bem, e, outorgada a escritura, pago integralmente o preço e não entregue o imóvel, venha ajuizar ação de imissão na posse e pedir, liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Neste caso, não há dúvida de que se faz presente a prova inequívoca, o que autorizaria a concessão da medida.

Segundo Carreira Alvim (1995, p. 70), existem situações, como no caso de *demandas repetitivas*, em que o juiz já conhece, de antemão a defesa abusiva ou protelatória que vem sendo reiteradamente utilizada pelo réu, como nas hipóteses de tributos declarados inconstitucionais pelo STF, em que o pretense titular do tributo insiste em cobrar o contribuinte. Poderá o contribuinte, antecipando – se à inscrição do débito em dívida ativa, ajuizar ação declaratória de inexistência da relação jurídica tributária, requerendo ao juiz que seja antecipada a pretensão material que só seria deferida na sentença, caso em que tem inteiro cabimento a tutela antecipada *in limine litis*.

Embora haja casos em que possa ser deferida a tutela antecipada com fulcro no inciso II do artigo 273 sem que se complete a relação jurídica processual, ficará ao critério do julgador, que da análise da causa formará o seu convencimento, podendo concedê-la ou

não. Lembrando – se, que é depois da contestação que mais facilmente se poderá verificar se o réu está abusando do seu direito de defesa ou agindo de modo protelatório.

4.11 Efetivação das tutelas de urgência

Alterado pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, o novo § 3º do art. 273, dispõe que ‘a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 558, 461, § § 4º e 5º, e 461–A”.

A primeira observação que deve ser feita é que não é muito fácil esclarecer como se dará a efetivação da tutela antecipada em razão de algumas omissões legislativas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais. No entanto, tal item será embasado nos ensinamentos de Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 103-128) que dissecou o assunto e no nosso entendimento apresentou as melhores soluções.

A alteração do dispositivo substituiu o termo execução por efetivação⁹⁴, acrescentando a locução conforme sua natureza e, além da remissão ao art. 588, o qual sofreu várias alteração pela mesma lei acrescentou a remissão aos artigos 461 e 461-A.

Resta-nos saber qual o alcance das remissões aos artigos 588, que tratam da execução provisória por quantia certa contra devedor solvente, 461, que cuida da tutela específica da obrigação de fazer e não fazer, e por fim o artigo 461–A, que se ocupa das obrigações de entrega de coisa.

Em princípio devemos esclarecer que, embora não haja expressa autorização legislativa, não quer dizer que somente os efeitos condenatórios, executivos e mandamentais

⁹⁴ O termo execução foi substituído por *efetivação* para que não houvesse mais confusões, como a de ser necessário um processo autônomo para a realização dos efeitos práticos da tutela antecipada. Por *efetivação* deve ser entendido qualquer forma de *cumprimento* da tutela antecipada.

possam ser antecipados, também as sentenças declaratória ou constitutivas poderão ter seus efeitos sentidos antes do tempo.

Nesse sentido, ao escrever sobre a efetivação da tutela antecipada salientou Bedaque (2003, p. 392) que “o instituto da tutela antecipada não se refere apenas a efeitos da tutela condenatória. Também as tutelas declaratória e constitutiva podem ter a eficácia total ou parcialmente antecipada, o que revela a impropriedade da remissão legal”.

Para que possa melhor compreender a afirmação acima, devemos nos reportar á classificação *quinária* das ações ou sentença, segundo a qual as tutelas jurisdicionais podem ser declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais. As três primeiras, como o próprio nome já diz, têm função processual de declarar, constituir ou condenar, respectivamente. Já as executivas e mandamentais não são tão fáceis de serem distinguidas.

A doutrina coloca as tutelas executivas e mandamentais ao lado da tutela condenatória, isso para diferenciar das tutelas declaratórias e constitutivas, haja vista que essas últimas, as declaratórias e constitutivas, segundo Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 107) “têm, entre si, um elemento comum que a distingue das outras três [...] são tutelas jurisdicionais “auto – implementáveis”, “auto – suficientes”, que dispensa qualquer providencia do réu ou do aparato jurisdicional para que seus efeitos sejam sentidos regularmente”. Segundo o autor, no máximo ocorre um registro daquela decisão para que terceiros possam ter conhecimento do que foi declarado ou constituído.

Conforme salienta Cássio Scarpinella (Ibid., p. 107) as demais tutelas, condenatória, executiva e mandamental, salvo se acatadas de forma espontânea pelo réu, necessitam de atividades a elas exteriores, ou seja, se faz mister uma complementação por parte do juiz ou da maquina judiciária, o que as diferem das demais.

Na tutela condenatória o juiz determina que o réu cumpra com uma obrigação de pagar quantia certa. Para produzir efeitos, é necessário que se promova ação de execução.

Na mandamental o juiz determina que o réu cumpra uma obrigação, dando prazo para que faça voluntariamente. Caso se mantenha inadimplente, produz meios de coação indireta para que o mesmo cumpra sua obrigação, podendo aplicar multas ou até mesmo prisão civil em caso de alimentos.

Já na tutela executiva *latu sensu*, o magistrado determina que o réu cumpra uma obrigação sob pena de serem praticados atos de sub – rogação da vontade do devedor. A execução se faz como mera continuidade da sentença, ou seja, um prolongamento do processo de conhecimento, sendo o forte dessa tutela a apreensão ou fruição da coisa, não a transformação em dinheiro, como ocorre na condenatória.

Visto isso, podemos elucidar que a remissão do § 3º do art. 273 ao art. 588, se refere à tutela condenatória, assim, sempre que alguém for condenado a pagar determinada quantia a alguém, a condenação se dará pelo processo de execução por quantia certa contra devedor solvente.

Segundo Cássio Scarpinella (2004, p. 109):

A tutela executiva aparece bem no § 5º do art. 461 e no § 2º do art. 461 – A. aqui, quando se fala em mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse (apreensão física e direta do bem, pela mera expedição de um ofício); lá, no § 5º do art. 461, quando se fala que o juízo poderá lançar mão de medidas aptas para buscar, se não for possível a tutela específica, o resultado pratico equivalente. A tutela mandamental, por fim, está forte no § 4º do art.461 e, pela remissão, no § 3º do art. 461 – A, quando estes dispositivos tratam da multa a ser aplicado ao réu para que ele, o próprio réu, faça ou entregue alguma coisa a alguém. Ou o réu faz o que o juiz manda ou conseqüências prejudiciais aos seus interesses serão sentidos, “in casu”, a incidência da multa, tem caráter coercitivo ou cominatório.

Para a efetivação da medida não basta que saibamos apenas isso, razão pela qual Scarpinella faz a distinção entre o cumprimento da tutela antecipada de urgência e sem urgência.

A tutela antecipada de urgência se refere àquela concedida com base no art. 273, inciso I, fundada no *periculum in mora* e a tutela sem urgência (punitiva ou para julgamento parcial) é aquela fundada no inciso II do art. 273 e seu § 6º.

Nota-se que a tutela antecipada concedida com fundamento no *periculum in mora*, não reclama só urgência na sua concessão, mas também na sua efetivação e é com base nisso que Scarpinella analisa a locução no que couber, utilizada pelo § 3º do art. 273.

Para o autor, embora uma tutela antecipatória tenha natureza condenatória, e para isso utiliza o exemplo de ação promovida contra plano de saúde onde se pleiteia a condenação de certa quantia para que se realize uma cirurgia, a concessão a título de tutela antecipada do valor pleiteado, poderia não ser eficaz na medida em que deveria seguir o modelo dos arts. 646 e seguintes, demorando tempo suficiente para tornar inoperante aquela medida ante a urgência da intervenção médica.

Assim, é necessário que o magistrado, de acordo com o caso concreto, molde o “modelo executivo” (essa é expressão utilizada por Scarpinella) para atingir a finalidade da tutela antecipada. Isso é possível ante a interpretação da expressão *no que couber* e ainda porque, conforme Scarpinella (2004, p. 112):

[...] trata-se aqui, de o magistrado ter bem presente que seu poder (sim, o juiz tem poderes, muitos poderes, que são correlatos ao desempenho de sua função jurisdicional) é instrumental a uma finalidade pública, a tutela jurisdicional, o ‘dar a cada um o que é seu’ na exata medida das justas expectativas de direito material.

Esse modelo executivo pode se dar, pela abreviatura do *iter* executivo, por exemplo, autorizando a avaliação indicada pelo próprio réu e aceita pelo credor (CPC, art. 646, I), a realização de um só leilão ou praça, a divulgação de sua realização por meios eletrônicos, o levantamento do dinheiro depositado sem a necessidade de caução.

Observa-se que mesmo simplificando, haverá casos, como o do plano de saúde, em que esse “modelo executivo” não será suficiente para efetivar o direito. Assim, com

uma visão muito ampla, Scarpinella (2004, p. 114-115) elenca duas possibilidades, na primeira, orienta que o advogado em vez de pedir a condenação do plano de saúde ao pagamento da quantia, peça uma tutela executiva ou mandamental, ou seja, que o advogado peça que o réu expeça guia de internação apropriada ao hospital tal e qual ou que operação e o tratamento sejam feitos às expensas do plano de saúde pelo hospital conveniado, sob pena de multas, cujo valor pode variar de acordo com o grau de desobediência do réu (art.461, § 6º).

Na segunda, que não depende do advogado, mas sim do magistrado, com base na locução *conforme sua natureza* crie um modelo de execução totalmente divorciado daquele “execução/condenação”, em razão da situação de urgência.

Isso seria possível porque o juiz estaria observando o princípio previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual autoriza uma verdadeira e radical flexibilização da letra da lei, permitindo ao magistrado valer-se dos arts. 461 e 461–A como referencial para efetivar o direito do jurisdicionado, já que a efetivação das tutelas executiva e mandamental é muito mais eficaz, mais célere do que a efetivação da condenatória.

Em se tratando de tutela antecipada condenatória concedida com fundamento no inciso II do art. 273 (punitiva) ou no § 6º (julgamento antecipado parcial), ou seja, tutelas não urgente, deverão ser executadas como qualquer tutela condenatória, ressalvando o caso de que o réu não poderá opor embargos do devedor, já que esse tem o condão de suspender a totalidade da execução, cabendo ao réu formular pedido de reconsideração ao juiz ou interpor agravo de instrumento.

Scarpinella (2004, p. 119) aduz que nesse caso:

[...] não é dado ao jus valer – se da atipicidade dos arts. 461 e 461 – A, quiçá, até mesmo, transformando a qualidade dos efeitos da tutela originalmente pretendida pelo autor condenatória em executiva e/ou mandamental. A Constituição Federal e as opções feitas pelo legislador para a espécie não lhe autorizam ou legitima este procedimento.

Parte da doutrina, conforme cita Athos Gusmão Carneiro (2004, p. 72) entende que os processos que tendem a uma sentença condenatória, se antecipada à tutela, essa terá eficácia executiva “latu sensu” e sua execução independerá de outro processo (Dinamarco, Carreira Alvim, Flavio Yarshell, Sergio Sashione Fadel, Eduardo Talamini e Jorge Pinheiro Castelo).

Também citado por Athos Gusmão Carneiro (2004, p. 73), Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, entende que a tutela transforma – se em mandamental, concluindo que a reforma trazida com as tutelas antecipadas implica “profunda reforma de nosso envelhecido e arcaico procedimento ordinário, cuja verdadeira dimensão, ao que tudo indica, muitos se quer imaginam”.

Em que pese os posicionamentos acima, entendemos que a efetivação da medida deve observar o critério da urgência, conforme elucidou Scarpinella (2004, p. 120), pois a tutela antecipada não fundada na urgência, “é uma forma de antecipar o início da execução, de colocar o autor na porta de entrada da execução e nada mais do que isto”.

A execução provisória (imediate) representa vantagem para o autor, uma vez vencedor da demanda não precisará aguardar todo o segmento do recurso de apelação que possa vir a ser interposto, o que levaria certamente alguns anos.

Todo raciocínio até agora explanado é aplicável á efetivação da tutela antecipada na sentença

Importante analisarmos o art. 588 do CPC em razão da remissão expressa que o § 3º do art. 273 faz a este dispositivo.

O art. 588 trata da execução provisória, que consiste na possibilidade de sentir – se os efeitos de uma decisão mesmo que dela tenha sido interposto recurso, porém, não definitiva em virtude de ser tutela antecipada passível de modificação e até mesmo revogação (CPC, art. 273, § 4º). Assim, a função de tal artigo é evitar a consumação de danos

irreparáveis, uma vez que haverá futura decisão que poderá invalidar os atos executivos já praticados.

A execução provisória⁹⁵ é cabível para efetivação da tutela antecipada condenatória em que não haja urgência, caso contrário, caberão as ressalvas feitas no item anterior.

Observa – se que com a nova redação, o legislador possibilitou que na execução provisória sejam alienados bens e ainda o levantamento de eventual depósito em dinheiro. A lei exige a título de cautela, salvo a exceção do § 2º, que o beneficiário da tutela antecipada preste caução.

Com relação à caução, entendemos que ela poderá ser dispensada em outros casos não previstos nesse dispositivo, pois o juiz poderá se deparar com situações em que por exemplo, a causa de crédito alimentar no valor de sessenta e um salários mínimos e a parte necessitar urgente daquela quantia, assim, não poderia ele fechar os olhos para a realidade, sob pena de violar a cláusula constante no art. 5º, XXXV da CF, cabendo a ele os direitos em litígio e preservar o mais importante.

O § 3º do art. 273 faz remissão aos artigos 461, §§ 4º e 5º, e 461 – A⁹⁶, os quais serão aplicados para a efetivação das tutelas antecipadas executiva *latu sensu* e mandamental, de forma célere e eficiente.

⁹⁵ Depois de alterado pela Lei 10.444/02, o art. 588 passou a ter a seguinte redação:

Art. 588 A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observada as seguintes normas?

I – corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo – se as partes ao estado anterior;

IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontra em estado de necessidade.

Diante de todo esse “arsenal” (expressão utilizada por Scarpinella), para que o réu faça ou não faça alguma coisa ou entregue alguma coisa móvel ou imóvel, o juiz, diante de cada caso concreto, pode escolher um modelo que atenda da melhor forma a satisfação da tutela antecipada concedida, podendo aplicar multas, as quais têm função de intimidar o réu a acatar a determinação judicial, por esse motivo tendo natureza cominatória, coercitiva, podendo ser cumuladas com demais multas de finalidade distintas.

Outras medidas que podem ser tomadas pelo magistrado são a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras *etc.* Tais medidas serão escolhidas de acordo com o caso, sendo forma de entregar ao autor aquilo que lhe é devido da forma mais eficiente possível.

Scarpinella (2004, p. 126) e quase toda a doutrina sustentam ser aplicável o previsto no § 6 do art. 461, que permite ao juiz modificar o valor ou a periodicidade de multa, se verificar que a mesma se tornou insuficiente e excessiva, pois se assim não fosse, a finalidade de tal multa cairia no vazio quando irrisória e ainda poderia causar danos se excessiva.

⁹⁶ Art. 461. Na ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária o réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente e compatível com a obrigação, fixando – lhe prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Art. 461 – A Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa o juiz, ao conceder a tutela específica, fixara prazo para o cumprimento a obrigação.

§ 1º Tratando – se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará, individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir – se – à em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de emissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

4.12 Concessão da tutela de urgência ou antecipada em grau de recurso e o agravo de instrumento

Como salientamos a pouco, a tutela antecipada pode ser pleiteada e deferida em grau de recurso, sendo nesse caso o pedido formulado ao relator, demonstrando a parte estar presente a hipótese do art. 273, II, ou ainda a caracterização do fundado receio de dano (art.271, I), que pode ser verificado pela visível demora do julgamento do recurso, ante o acúmulo de processos e a demora natural do procedimento em segunda instância.

Superior Tribunal de Justiça, por sua 4º turma, entendeu que, se a tutela antecipada pode ser concedida a qualquer momento, conforme o art. 273 do Código de Processo Civil, antes mesmo da prova e do juízo final favorável à pretensão do autor, nada justifica impedir sua concessão depois da instrução e da sentença procedente do pedido, na decisão aos embargos de declaratórios (Resp. 279.251, rel. Min. Ruy Rosado, j. em 15.02.2001, DJU nº 30.04.2001).

Admitindo o deferimento nos embargos de declaração, quando a sentença foi omissa quanto ao pedido, o STJ demonstra a amplitude que se deve dar ao instituto em análise em razão de sua relevante importância dentro de nosso ordenamento.

A competência para a apreciação do pedido de tutela antecipada em grau de recurso, salvo nos embargos declaratórios, é do Tribunal, que verificando estarem presentes os pressupostos da medida a deferirá.

No curso da causa, a decisão que defere ou indefere a tutela pode ser agravada de instrumento. Assim, imagine que a parte que postulou a tutela antecipada teve deferido seu pedido; poderá a outra parte agravar tal decisão com o intuito de reverter aquele provimento, podendo requerer ao relator que atribua efeito suspensivo ao agravo nos termos do artigo 527, inciso III do Código de Processo Civil, que permite ao relator, ao receber o agravo, atribuir – lhe efeito suspensivo (art. 558), tornando temporariamente inoperante a

decisão agravada, enquanto não julgado o agravo. Poderá a parte, se convencida de que o juiz possa se retrata, interpor agravo retido nos termos do artigo 523 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, se a parte postulante da medida antecipatória tem indeferida sua pretensão, de nada lhe adiantará pedir o efeito suspensivo, já que na verdade necessita de uma decisão que defira o pedido ora negado. Para resolver tal questão, a doutrina e jurisprudência consagraram o efeito ativo do agravo, o qual resultou na alteração da redação do inciso do art. 527, que hoje admite além da suspensão da decisão do conteúdo negativo, possa o relator deferir em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, valendo do disposto nesse artigo e no artigo 558.

Desse modo, indeferida a tutela antecipada em 1º grau, poderá o relator (órgão monocrático), antecipando – se à turma ou câmara (órgão colegiado do tribunal), suspender a eficácia da decisão agravada e, concomitantemente, outorgar, desde logo, a antecipação da tutela, transformando o provimento de indeferido em deferido.

Essa alteração acaba por impedir com que mandados de segurança sejam impetrados pra obter esse efeito. Embora muito utilizados antes da nova redação do inciso III do art. 527, com a finalidade de requerer que o tribunal deferisse a providencia ativa que o juiz lhe havia negado, hoje a doutrina vem se firmando no sentido de não mais ser possível a impetração do mandado de segurança para essa finalidade.

Portanto, conclui-se que o artigo 558 do Código de Processo Civil deve ser interpretado de modo a autorizar além da suspensão do cumprimento da decisão agravada, a concessão da tutela antecipada negada pelo *juízo a quo*, em consonância com o art. 527, inciso III do Código de Processo Civil.

Com relação à decisão que defere ou indefere o pedido de suspensão, bem como o de tutela antecipada pelo relator, de forma isolada, caberá agravo interno (regimental),

no prazo de cinco dias a contar da publicação da decisão proferida pelo relator, a ser apreciado pelo colegiado na sessão subsequente á interposição deste agravo.

CONCLUSÃO

Dentro do núcleo comum de princípios aceitos pelas diversas escolas, situa-se o reconhecimento de que a justiça é o valor fundamental do direito.

A justiça é uma virtude moral que diz respeito à lei. O justo é o que é conforme a lei e respeita a equidade; o injusto é o que viola a lei e falta à equidade. As leis se referem ao bem da comunidade política e são justas as ações que tendem a produzir e conservar a felicidade dessa comunidade. Assim entendida, a justiça é a virtude completa ou inteira, pois quem a possui é capaz de usá-la para consigo mesmo e para com os outros.

Para buscar a justiça, no Brasil da atualidade, é necessária muita paciência e determinação, uma vez que a morosidade tem imperado em nossos tribunais. O processo é necessariamente formal porquanto constitui a maneira pela qual as partes garantem para si a legalidade e imparcialidade do exercício da jurisdição.

A observância às garantias constitucionais inerentes ao processo – devido processo legal – não possibilita a imediata entrega da prestação jurisdicional, ocasionando a morosidade processual. Certo é que o tempo é inimigo da efetividade como função pacificadora dos conflitos.

A demora na prestação jurisdicional acarretou mudanças significativas na nossa sistemática processual. Contudo, com a criação das tutelas de urgência, especialmente a tutela antecipada, posteriormente aprimorada pela lei 10444/02, houve uma maior efetividade processual.

Obviamente que as tutelas de urgência não afastam a lesão ou ameaça ao direito, mas de certa forma, asseguram o alcance desse objetivo de modo mais rápido e eficaz para quem necessita da proteção estatal.

Por muito tempo, utilizaram-se as medidas cautelares não no sentido de acautelar o processo, que é o seu principal objetivo, mas pleiteando direitos, cujo mérito seria apreciado por ocasião da sentença, no sentido de tornar mais efetivo a prestação da tutela jurisdicional.

Todavia, tal procedimento, de certa forma, aumentava ainda mais a morosidade processual, uma vez que para cada direito ameaçado eram utilizadas duas demandas: ajuizava-se a cautelar e por imposição procedimental, dentro de 30 dias ajuizava-se a ação principal. Logo, eram dois processos tramitando para solucionar o mesmo litígio.

Dessa situação insustentável, verificou-se a necessidade da criação de uma forma eficaz de proteção ao direito instantâneo, cuja falta, faria perecer o direito do autor ou quando este o alcançasse já não produziria o efeito almejado.

Para afastar o risco de dano decorrente da demora processual, o legislador adotou medidas passageiras ou provisórias, não objetivando a solução do conflito, mas sim visando garantir a utilidade do resultado final.

As tutelas de urgência consistem num provimento jurisdicional fundado na cognição sumária, com o objetivo de realizar provisoriamente o direito material invocado pela parte, antecipando total ou parcialmente os efeitos da sentença que será proferida em julgamento final.

Sem sombras de dúvidas, quando houver perigo concreto de ameaça ou lesão a um determinado direito, o juiz poderá em tais casos, adotar medidas urgentes que julgar necessárias para afastar o risco e assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Com a finalidade de apaziguar a inconveniência a qual é submetida o autor, o legislador possibilita a solução provisória para algumas situações cotidianas, mediante avaliação prévia a serem submetidas à cognição do magistrado, independentemente da existência de perigo concreto para a efetiva prestação jurisdicional. A possibilidade de mero

perigo inerente ao tempo necessário para o desenvolvimento razoável da relação processual já basta para tanto.

Logo, para que a realidade processual seja aquela mais próxima possível do processo ideal, isto é, com uma duração razoável e aceitável, possibilitando a adoção de medidas imediatas e provisórias pelo magistrado, mediante cognição superficial, porém suficiente para convencê-lo da probabilidade do direito afirmado pelo autor.

No sistema processual pátrio existem dois tipos de tutela jurisdicional se observada a sua eficácia jurídica, ou seja, os efeitos que elas produzem no plano das relações de direito material: quanto à atuação da vontade concreta da lei, à eliminação do litígio e à pacificação.

Partindo dessa premissa, uma tutela possui caráter satisfativo, sendo estas aptas a afastar definitivamente a ameaça ou lesão de determinado direito, recompondo o ordenamento jurídico violado ou ameaçado. A obtenção dessas tutelas implica na satisfação fática e jurídica para o titular do direito, adquirindo o provimento judicial a qualidade de coisa julgada.

Outra categoria de tutela, possui caráter provisório, isto é, são destinadas a assegurar a solução útil do direito material buscado. São tutelas que visam garantir a efetividade do sistema processual, ainda que, para tanto, antecipem os efeitos de um direito ainda não declarado. Sendo essas tutelas provisórias, não são imutáveis, e sempre dependem de uma tutela futura e definitiva, à qual estão vinculadas por nexo de instrumentalidade.

Contudo, há casos em que a solução definitiva e irreversível deve ser adotada, apesar de a atividade cognitiva ser sumaria, para preservar valores importantes para o indivíduo, superiores àqueles destinados a conferir segurança ao processo.

Em situações de urgência, considerando-se estas como aquelas aptas a gerarem dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela, que geralmente está fundamentada

no princípio da segurança jurídica, alterna sua função precípua, buscando mais que a segurança jurídica, a efetividade da jurisdição, que é a razão de ser do próprio Poder Judiciário, sendo a preocupação mister não deixar que a resposta estatal caia no vazio.

Destarte, nasce, ao lado da outorga das tutelas acautelatórias, que visam precipuamente à efetividade da jurisdição, a antecipação dos efeitos de uma futura sentença, em nome de um direito instantâneo, que, se não protegido de forma imediata, não mais será útil ao seu titular.

A tradicional tutela cautelar de natureza provisória e instrumental, cujo único objetivo é afastar possíveis embaraços à jurisdição, assegurando o processo principal, protege o direito material.

De forma diferente, a tutela antecipada, por outro lado, antecipa os efeitos de uma futura sentença, cujo desfecho ainda não se sabe como ocorrerá, mas há uma nuance do que irá acontecer, haja vista os pressupostos exigidos: prova inequívoca e verossimilhança. Antecipa-se os efeitos decisórios para evitar o perecimento do direito material.

Embora possuam a mesma função, ambas as medidas são utilizadas em caso de urgência, e prevê a efetividade do processo a fim do direito alcançar a parte a tempo, ao mesmo tempo as tutelas cautelares e antecipatórias diferenciam-se, porquanto a primeira visa proteger e assegurar o processo e a segunda visa o próprio direito em si.

Com a admissão da possibilidade de se pedir a tutela de urgência na própria ação de conhecimento, o legislador promoveu uma verdadeira revolução na sua concessão.

Ante todo o exposto no presente trabalho, firma-se cada vez mais a tendência de sumarização do processo como fito de agilizá-lo e torná-lo mais efetivo, obviamente sem afrontar a segurança jurídica, mas visando resguardar o direito, uma vez que, de nada adiantaria ajuizar uma ação, aguardar anos e o seu desfecho não atingir o fim almejado. O tão sonhado acesso à justiça não se concretizaria.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: FDUFG, 1984.

ALPA, Guido. et al.. BONELL, Michael Joachim. CORAPI, Diego. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*. 3. ed. Bari: Laterza, 2002.

ALVES, Eliana Calmon. Tutelas de Urgência. *Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, n. 2, jul./dez. 1999, v. 11.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006, v. 2.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Curitiba, Juruá, 2008.

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. *Pesquisa qualitativa Imagem do Poder Judiciário*. Brasília: AMB, jul. 2004.

ANSELMO, Santo. Arcebispo de Cantuária. *Monólogo; Proslógio; A verdade; O gramático/ Santo Anselmo de Cantuária. Lógica para principiantes; A história das minhas calamidades/ Pedro Abelardo; traduções de Angelo Ricci, Ruy Afonso da Costa Nunes*. 2. ed. São Paulo; Abril Cultural, 1979.

ARISTÓTELES, 348-322 a.C. *Metafísica: Livro 1 e livro 2; Ética a Nicômaco; Poética; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Traduções de Vincenzo Cocco* – São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. *A Ética*. Tradução Paulo Cássio M. Fonseca, Bauru/SP. Edipro, 1995.

_____. *Ética a Nicômaco*. Os Pensadores, Livro V. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

AZEVEDO, José Olivar de. *Fatores determinantes da efetividade do processo: celeridade e imparcialidade*. Revista Jurídica Consulex. São Paulo: Consulex, 2002.

BARBOSA, Júlio César Tadeu, *O que é Justiça*, 3. ed., Brasília: Brasiliense, 1983.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1999.

_____. *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CALDAS, Gilberto. *A técnica do direito: teoria das ações*. São Paulo: Brasiliense, s.d..

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v. 1.

CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade jurídica*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas/SP: Servanda, 1999, v. 1.

CASTRO, José Roberto de. *Manual de assistência judiciária*. Rio de Janeiro, Aide, 1987.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. In Revista de Direito Administrativo nº 101.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria geral do processo*. 18. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.

CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: Paolo Capitanio.. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2.

_____. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed., Nápoles, Jovene, 1935, v. 1.

COSTA, Lopes da. *A carência de ação, especialmente com relação à legitimação para a causa*. Revista de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1962.

COSTA MACHADO, Antonio Claudio. *Tutela Antecipada*. Ed. Juarez de Oliveira. 3ª edição, 1999.

CRETELLA JUNIOR, J. In Enciclopédia Saraiva de Direito. Verbetes poder discricionário, vol. 59. São Paulo: Saraiva, 1960.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

CYRANKA, Lúcia Furtado de Mendonça. SOUZA, Vânia Pinheiro de. *Orientações para normalização de trabalhos acadêmicos*. 6. ed., rev. e atual., Juiz de Fora/MG: UFJF, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 19. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de processo civil comentado*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 1.

FREIRE, Rodrigo da Cunha. *Condições da ação com enfoque no interesse de agir*. Estudos em homenagem a Enrico Tullio Liebman. São Paulo: RT, 1999.

GAARDER, Jostein. AZENHA JUNIOR, João. *O Mundo de Sofia: romance da historia da filosofia*. 52. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo*. Campinas/SP: Copola, 1999.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v 2.

HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. "Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism", *The Journal of Philosophy*, v. XCII, 3, March 1995.

HAYEK, Friedrich August von, 1899 – *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo, Visão, 1985.

HENKEL, Henrich. *Introducción a la Filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1968.

JACQUARD, Albert, *Filosofia para não Filósofos*. Albert Jacquard, Hunguette Planés; Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. – Rio de Janeiro: Campus, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; tradução João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KIERKGAARD, Sorèn A. *Diário de um Sedutor e Outras Obras*. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1989.

LAMY, Eduardo de Avelar.

LATORRE, Angel. *Introducción al Derecho*. 2 ed. Barcelona: Ariel. 1969.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, n. 2, 2002.

LUTZKY, Daniela Courtes. *Pressupostos processuais*. Dissertação (Mestrado em direito processual civil) – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais – PUC/RS. Disponível em: <<http://www.planeta.terra.com.br/educação/processocivil>>. Acesso em 06 jul. 2002.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MACEDO, Antonio Luiz Bueno de. *Poder discricionário do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=110>. Acesso em 08/08/2007.

MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e Justiça Social*. São Paulo: Ibrasa, 1995.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro, 1996.

MACIEL, Daniel Baggio. *A responsabilidade patrimonial do estado pela atividade jurisdicional*. Birigui/SP: Boreal, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. *A Tutela Judicial na Segurança*. In: Revista dos Tribunais n.º 643, São Paulo: RT, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre. Fabris, 1994.

_____. ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. 2. ed., São Paulo: RT, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2001, v. 2.

_____. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

_____. *Manual de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, v. 2.

_____. *Manual de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, v. 3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Elementos do Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares de. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: tomo IV: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. In Temas de Direito Processual - 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. São Paulo, Forense, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NADER, Paulo. *Introdução à Ciência do Direito*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à Justiça*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/número3/artigo08.htm>>. Acesso em 07 dez. 2007.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Condições da ação*. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo, RT, 2004.

NETO GERAIGE, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PAJARDI, Piero. *I provvedimenti d'urgenza tipici nel processo civile*. 2 ed., Milano, Pirola, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Condições da ação*. In: FRANÇA, Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil: de acordo com a constituição de 1988*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Gonçalves. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra: Atlântida, 1968.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO, *Diálogos*, tradução de José Cavalcante de Souza, Jorge Poleikate João Cruz Costa, São Paulo: Victor Civita, 1983. diversas traduções.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRATA, Edson. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: USP, 1973.

_____. *Filosofia do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Introdução a Filosofia*, 3. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru/SP: Edipro, 2000.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, n. 29. Porto Alegre: Síntese, maio/junho, 2004. v. 6.

RIBEIRO, Djanira Radamés de Sá. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.
- SAUER, Willhelm. *Filosofia Jurídica y Social*. Barcelona: Labor, 1993.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porua, 1973.
- SILVA, De Plácito e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- SILVA, José Milton da. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da & Gomes, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed., São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Do processo cautelar*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Do processo cautelar*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Curso de Processo Civil*, 5. ed. São Paulo, RT, 2000, v. 1.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Princípio Democrático e Estado legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 36. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 38. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 33. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 2.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 5. ed., Bauru: Jalovi, 1977, v. 1.
- _____. *Processo penal*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.
- VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1967.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de & TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed., São Paulo: RT, 2000, v. 1.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida Cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo, RT, 1994.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2001.

WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México:Fundo de Cultura Económica, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

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](#)