

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DE SUA POSTULAÇÃO
IMPLÍCITA

SÍLVIA FERRAZ SOBREIRA FONSECA

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Recife
2007

SÍLVIA FERRAZ SOBREIRA FONSECA

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DE SUA POSTULAÇÃO
IMPLÍCITA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, para ser submetida à banca examinadora, em 22 de agosto de 2007, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Recife
2007

F676c

Fonseca, Sílvia Ferraz Sobreira

A concessão da tutela antecipada em face de sua
postulação implícita / Sílvia Ferraz Sobreira Fonseca ;
orientador Alexandre Freire Pimentel, 2007.

100 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de
Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado
em Direito, 2007.

1. Tutela antecipada. 2. Processo civil. I. Título.

CDU 347.9

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DE SUA POSTULAÇÃO
IMPLÍCITA

Recife
2007

SÍLVIA FERRAZ SOBREIRA FONSECA

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DE SUA POSTULAÇÃO
IMPLÍCITA

DEFESA PÚBLICA em

Recife, 22 de Agosto de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

1º Examinador (INTERNO): Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

2º Examinador (EXTERNO): Prof. Dr. Delosmar Mendonça Jr.

1º Suplente: Prof. Dr. Lúcio Grassi Gouveia

2º Suplente: Prof. Dr. Zélio Furtado

Recife
2007

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e o outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

Fernando Pessoa

(Livro do Desassossego: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 212-213).

Agradeço, a meu pai que, enquanto esteve entre nós, sempre me estimulou e me incentivou a estudar, a minha mãe e meu irmão pelo apoio, ao meu marido pela compreensão e pela força e aos professores e colegas do curso de mestrado pelas idéias e, principalmente, pela paciência.

Agradeço, ainda, a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O processo tem por finalidade constituir instrumento hábil para satisfazer o interesse da parte que postula em juízo a realização de um direito material. A grande preocupação da ciência processual moderna, contudo, diz respeito à eficácia da tutela jurisdicional, diante do fato de que a morosidade constitui grande óbice à efetividade do processo. Nesse diapasão, foi inserido no ordenamento pátrio, por meio da Lei nº 8.952/94, o instituto da antecipação da tutela como medida de caráter provisório e satisfativo, aplicável de maneira genérica às situações sujeitas ao processo de cognição. Consiste em fornecer ao autor, total ou parcialmente, aquilo que pretende obter ao final do processo, nas hipóteses em que haja “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ou fique caracterizado o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, com a finalidade de assegurar a utilidade do resultado final do processo. O questionamento desse trabalho incide, contudo, no que diz respeito à possibilidade da concessão da tutela antecipada genérica em face de sua postulação implícita. Foram analisados os diversos posicionamentos que tentam solucionar a indagação exposta. Alguns doutrinadores afirmam não ser possível, em virtude da exigência expressa do dispositivo legal no tocante ao requerimento da parte interessada. Argumentam, ainda, que representaria uma afronta aos princípios tradicionais do processo, como o da demanda ou da iniciativa da parte, da adstrição do juiz ao pedido, ao princípio dispositivo e ao princípio da imparcialidade do juiz. Outros doutrinadores entendem pela possibilidade da concessão do provimento antecipatório amparadas no pedido implícito, nas hipóteses em que o julgador observar que estão presentes os requisitos exigidos pela lei. Alegam que diante do caráter publicista do processo, este deve atender acima de tudo aos princípios do amplo acesso à justiça e do devido processo legal, considerando a importância da efetividade da tutela jurisdicional. Esses autores alegam que não haveria violação aos princípios constitucionais, na medida em que o pedido de antecipação da tutela estaria contido, mesmo que implicitamente, no pedido inicial da parte. Após as pesquisas desenvolvidas, chegamos à conclusão de que deve ser possível a concessão da tutela antecipada ainda que o pedido não esteja expresso na inicial. É que, fazendo uma ponderação dos valores em jogo no caso concreto, o juiz deve estar apto a dar maior efetividade ao processo, em cumprimento aos ditames constitucionais.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Pedido Implícito. Efetividade processual.

ABSTRACT

The process has as main purpose to constitute skillful instrument to satisfy the interest of the part that claims in judgment the accomplishment of a material right. The great concern of modern procedural science, however, is about the effectiveness of the jurisdictional guardianship, ahead of the fact of slowdown constitutes great obstacle to the effectiveness of the process. In this diapason, he was inserted in the native order, through Law n ° 8.952/94, the institute of the anticipation of the guardianship as measured of provisory and fulfillment, applicable character in generic way to the situations citizens to the cognition process. It consists of supplying to the author, total or partially, what it intends to get to the end of the process, in the hypotheses where “it has established distrust of irreparable damage or difficult repairing”, or is characterized the “abuse of process of defense or manifesto dilatory intention of the male defendant”, with the purpose to assure the utility of the final result of the process. The questioning of this work happens, however, in what it says respect to the possibility of the concession of the generic anticipated guardianship in face of its implicit postulation. The diverse positioning had been analyzed trying to solve the investigation displayed. Some instructors affirm not to be possible, in virtue of the express requirement of the legal device in regards to the petition of the interested person. They argue, still, that it would represent a confront to the traditional principles of the process, as of the demand or the initiative of the part, the astriction of the judge to the order, the principle device and the principle of the impartiality of the judge. Other instructors understand for the possibility of the supported concession of the anticipated provisions in the implicit order, in the hypotheses where the judge to observe that the requirements demanded for the law are gifts. They ahead allege that of the character publicist of the process, this must take care of above all to the principles of the ample access to justice and of due process of law, considering the importance of the effectiveness of the jurisdictional guardianship. These authors allege that, would not have breaking to the principles constitutional, in the measure where the order of anticipation of the guardianship would be contained, same that implicitly, in the initial order of the part. After the developed research we come to the conclusion that must be possible the concession of the anticipated guardianship despite the order is not express in the initial. He is that, making a balance of the values in game in the case concrete, the judge must is apt to give bigger effectiveness to the process, in fulfillment to the constitutional concept.

Key-Words: Anticipated Guardianship. Inferred Petition. Legal Process effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Primeira Parte	
1. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	13
1.1. Processo Jurisdicional – Generalidades	13
1.2. Princípios – noção conceitual e distinção em relação às regras	18
1.3. Princípios que informam a prestação da tutela jurisdicional	20
1.3.1. Princípio lógico	20
1.3.2. Princípio da economia processual	20
1.3.3. Princípio político	21
1.3.4. Princípio da igualdade	22
1.4. Outros princípios pertinentes à prestação da tutela jurisdicional	24
1.4.1. Princípio do juiz natural	24
1.4.2. Princípio do dispositivo e seus derivados: princípio da inércia da jurisdição – princípio da demanda (e da contrademanda) e princípio da impugnação da sentença privada	25
1.4.3. Princípio da inafastabilidade da jurisdição	27
1.4.4. Princípio da vinculação do juiz aos fatos da causa e princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte	29
1.4.5. Princípio da proporcionalidade	30
1.5. Instrumentalidade e efetividade	32
1.5.1. Princípio da efetividade	32
1.5.2. Princípio da instrumentalidade	35
1.6. Obstáculos à efetividade	34
2. O TEMPO E O PROCESSO	38
2.1. Tempo x duração	38
2.2. Tempo e direito	39
2.3. Princípio da razoável duração do processo	40
2.4. Causas da demora na conclusão do processo	41
2.5. Conseqüências da demora na prestação jurisdicional	44
2.6. Melhor forma de diminuir os prejuízos gerados pela demora no processo e de distribuir o ônus do tempo no processo	45
Segunda Parte	
3. TUTELAS DE URGÊNCIA	49
3.1. Antecedentes históricos das tutelas de urgência	49
3.2. Breve estudo de direito comparado em relação às tutelas de urgência	51
3.3. Tutela cautelar e tutela antecipatória	52
3.3.1. Características da tutela cautelar	53
3.3.2. Requisitos para a concessão da tutela cautelar	54
3.3.3. Semelhanças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória	54
3.3.4. Diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória	56
3.4. Fungibilidade recíproca entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória	59
4. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	62
4.1. Evolução no direito brasileiro	62
4.2. Conceito	63
4.3. Características	64

4.4. Espécies	65
4.5. Requisitos para a sua concessão	65
4.6. Antecipação da tutela em face de pedidos incontroversos	67
Terceira parte	
5. PEDIDO DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	69
5.1. Breves noções sobre demanda, ação, pretensão e pedido	70
5.2. Demanda e ação	70
5.3. Demanda e pedido	71
5.4. Pedido e pretensão processual	72
5.5. Causa de pedir e pedido	73
5.6. Pedido no Código de Processo Civil	74
5.7. Classificação do pedido	75
6. PEDIDO IMPLÍCITO	78
6.1. Interpretação do pedido implícito	79
6.1.1. Visão Tradicional da interpretação do pedido implícito	79
6.1.2. Visão instrumentalista da interpretação do pedido implícito	80
7. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DE SUA POSTULAÇÃO IMPLÍCITA	83
7.1. Pela não concessão da antecipação de tutela ausente o requerimento expresso da parte	83
7.2. Pela concessão da antecipação de tutela ausente o requerimento expresso da parte	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

Durante a minha atuação como procuradora federal em exercício junto ao Instituto Nacional de Seguro Social - INSS - deparei-me com casos previdenciários em que a antecipação de tutela, mesmo sem o requerimento expresso da parte, mostrava-se fundamental para garantia da efetividade do processo e para a efetivação de direitos. São processos de longa tramitação com autores já bem idosos, às vezes com pedidos simples, como a concessão de aposentadoria rural ou a concessão de um amparo assistencial. A eficácia do provimento jurisdicional final estaria seriamente comprometida caso os seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, quando do trânsito em julgado da sentença, muitas vezes os autores já haveriam falecido.

Apesar disso, alguns magistrados, apegados a um formalismo exacerbado e à literalidade do disposto no *caput* do artigo 273 do CPC, não concediam a antecipação dos efeitos da tutela por entenderem que o requerimento da parte deveria estar expresso na petição inicial.

Em razão dessa preocupação, passei a estudar o tema envolvendo a antecipação dos efeitos da tutela em face de sua postulação implícita.

Por uma questão de organização, dividiu-se o presente trabalho em três grandes partes.

A primeira delas se ocupa com a efetividade e a instrumentalidade. Para isso, foi feito um estudo preliminar sobre a prestação da tutela jurisdicional e os seus princípios informadores, bem como foram estabelecidos os grandes obstáculos existentes à concretização da efetividade. Nessa parte conclui-se que o longo tempo de tramitação do processo de cognição exauriente é um dos principais obstáculos na busca da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

A segunda parte do trabalho dedica-se ao estudo das tutelas de urgência e em especial ao estudo da tutela antecipada como importante instituto para o alcance da efetividade processual.

Na terceira parte do trabalho, por sua vez, fez-se um estudo do pedido, com ênfase no pedido implícito, para sugerir uma mudança de visão na interpretação do mesmo,

inclusive no sentido de admitir a concessão da tutela antecipada em face da sua postulação implícita.

No que tange à metodologia, esta dissertação foi desenvolvida tendo por base material nacional e estrangeiro elaborado acerca da matéria, compreendendo doutrina, legislação e jurisprudência. Exploramos, portanto, o tipo de pesquisa bibliográfica.

Também foi feita pesquisa de julgados pertinentes à matéria, no intuito de demonstrar como a jurisprudência pátria ainda é tímida quanto à possibilidade de ampliação da interpretação do pedido implícito.

Assim, a dissertação foi construída utilizando-se de um processo lógico de leitura, fichamento e resumo das idéias relativas à possibilidade de concessão da tutela antecipada em face de sua postulação implícita.

Três foram os objetivos do trabalho, dois deles setoriais e um objetivo central. Inicialmente, um objetivo setorial foi trazer conceitos básicos sobre a jurisdição e sua efetivação de forma plena, a partir da desconsideração de determinados elementos burocratizantes existentes no processo civil brasileiro, como o requerimento expresso da parte no caso da tutela antecipada.

Posteriormente, o outro objetivo setorial foi isolar as peculiaridades do instituto da tutela antecipada e do pedido implícito, procedendo-se à sua apreciação crítica, fundada na imprescindível atuação do juiz na condução do processo, evitando-se abusos. Em seguida, partiu-se para o objetivo central, no qual se pretendeu analisar os princípios e as regras processuais tendentes a possibilitar a concessão da tutela antecipada quando ausente o requerimento expresso da parte de forma genérica, bem como compatibilizar o instituto da tutela antecipada como decorrência do direito fundamental da tutela efetiva, previsto constitucionalmente.

Na medida em que se compatibiliza a tutela antecipada concedida em face de sua postulação implícita com o direito fundamental à tutela efetiva está-se demonstrando como o processo não é um fim em si mesmo, e sim um meio para se garantir o exercício de direitos materiais subjacentes e, conseqüentemente, o exercício do direito à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva.

PRIMEIRA PARTE

1. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

1.1 Processo Jurisdicional – Generalidades

O Direito, de acordo com os ensinamentos do mestre Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹, consiste numa tecnologia para a resolução de conflitos juridicamente definidos. E o processo jurisdicional é o meio, o instrumento adequado para que os conflitos sejam postos a julgamento do Estado-juiz com a finalidade maior de pacificação social.

Mas quais seriam os conflitos que o Direito, por meio do processo jurisdicional, pretende solucionar?

“Conflito” vem do latim *conflictu* e significa “choque, embate, peleja”², podendo ser dividido em duas ordens: conflitos intrasubjetivos e conflitos intersubjetivos. Os conflitos intrasubjetivos são conflitos de natureza psicológica que o sujeito desenvolve dentro de si mesmo. Esse tipo de conflito não é tutelado pelo Direito, na medida em que sua resolução cabe ao próprio sujeito, sem qualquer interferência de outrem. O Direito presume que o sujeito em conflito consigo mesmo seja capaz de resolvê-lo sozinho.

Já os conflitos intersubjetivos envolvem mais de um sujeito e, portanto, a sua resolução importa ao Direito, uma vez que a existência de um conflito intersubjetivo é sempre uma ameaça à paz social.

O ser humano, por ser um animal social³, interage com outros seres humanos. Essa interação, por si só, já pode gerar conflitos, na medida em que os interesses dos homens costumam ser divergentes.

Na definição de Carnelutti⁴, o interesse traduz-se numa utilidade que pode ser encontrada em alguma coisa para a satisfação de uma necessidade. O Prof. Sérgio Torres,

¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 526.

³ Na antiguidade dizia-se que o homem era um animal político na medida em que participava da vida pública, porém na idade média, com a influência do Cristianismo o homem passou a ser visto como um animal social, na medida em que está agregado a uma sociedade, com dignidade humana, afinal foi o único animal criado a imagem e semelhança de Deus. (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.p.61-62.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil* Campinas: Servanda, 1999. p. 75.

também se referindo a Carnelutti⁵, esclarece que qualquer interesse é formado pela conjugação de necessidade, bem e utilidade. Assim, havendo uma necessidade em torno de um bem, seja material ou imaterial, e reconhecendo-se a capacidade desse bem de ser útil ao homem a ponto de suprir suas necessidades, haverá um interesse.

Acontece que existe um desequilíbrio entre esses elementos, de modo que os bens aptos a satisfazer as necessidades humanas são limitados, ao passo que as necessidades humanas em si são ilimitadas. Trata-se de um desequilíbrio natural, o que faz com que, por vezes, existam necessidades distintas em relação ao mesmo bem, fazendo surgir o conflito de interesses.

Na visão de Carnelutti⁶, quando o conflito de interesse é qualificado por uma pretensão resistida temos o conceito de lide. A exteriorização do conflito seria a tensão entre a exigência externada de um sujeito – pretensão - e a resistência de outro.

A lide, vista como ameaça à paz social, deve ser solucionada da forma mais célere e eficiente possível. Existem duas formas de solucionar o conflito de interesses – lide – na classificação adotada por Cândido Rangel Dinamarco⁷, a saber: a autocomposição e a heterocomposição.

A autocomposição tem como característica principal o fato de que os próprios litigantes definem a solução da lide. Caso a autocomposição exista mediante o uso da força, é chamada de autodefesa ou autotutela. Essa forma de autocomposição da lide, com raríssimas exceções, como os casos de legítima defesa, não é aceita pelo Estado de Direito, valendo ressaltar que a atitude em questão encontra-se tipificada como crime de exercício arbitrário das próprias razões – art. 345 do Código Penal.

Essa autocomposição, porém, costuma ocorrer de forma pacífica, sem o uso da força, podendo ser classificada em unilateral e bilateral. A autocomposição unilateral pode se dar na modalidade renúncia ou submissão. Na primeira, um dos litigantes renuncia ao direito, renuncia à pretensão, resigna-se e, com isso, ocasiona a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, V do CPC). Já na submissão, apesar de ter resistido à pretensão ao longo do processo, uma das partes reconhece o direito sobre o que se funda a ação, também ocasionando a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, II do CPC).

⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Nova Dinâmica da Reintegração Judicial no Emprego*. Tese de Doutorado. Recife. Universidade Federal de Pernambuco, 2004. p. 121.

⁶ CARNELUTTI, *op. cit.* p. 77.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 137

Já a autocomposição bilateral transparece na transação, na qual as partes fazem concessões mútuas a fim de resolver o litígio. Cada parte cede parcialmente disposição de seus interesses⁸.

O Prof. Sérgio Torres⁹ ainda menciona que a autocomposição pode ser judicial ou extrajudicial, conforme se desenvolva dentro do curso do processo judicial ou fora dele. Pode, outrossim, ser assistida ou autônoma, de acordo com a interferência ou não de um terceiro sujeito tentando induzir a composição.

A heterocomposição, por sua vez, pode ser privada ou pública. A heterocomposição privada consiste no julgamento do litígio por árbitro ou câmara arbitral escolhidos consensualmente entre as partes, por intermédio da celebração do compromisso arbitral. A heterocomposição pública, ao revés, traduz-se no processo jurisdicional a cabo do Estado.

A heterocomposição privada, ou seja, a arbitragem, tem sido estimulada pelo Estado, no intuito de diminuir a atuação estatal e desafogar o Poder Judiciário. A arbitragem, contudo, também tem suas deficiências, principalmente porque os árbitros, por não deterem as prerrogativas inerentes aos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios)¹⁰ - art. 95 da CF/88 – estão sujeitos a pressões externas.

O processo jurisdicional, desenvolvido por meio do monopólio estatal, classificado como heterocomposição pública é o que, de fato, interessa ao desenvolvimento do presente trabalho.

Ao falar de processo jurisdicional, deve-se ter em mente sua trilogia estruturante: Jurisdição, Ação e Processo.

Vários foram os doutrinadores que tentaram definir a jurisdição, com algumas divergências entre eles. Vamos ressaltar duas das teorias que mais influenciaram os doutrinadores brasileiros – a carneluttiana e a chiovendiana.

⁸ Vale salientar que a renúncia e a submissão aqui tratadas, ainda que ocorram de forma parcial, como na autocomposição bilateral, são apenas possíveis em se tratando de direitos disponíveis. Não se permite, por exemplo, a disposição de interesses de incapazes ou do interesse público.

⁹ TEIXEIRA, *op. cit.* p. 124.

¹⁰ Art. 95 da Constituição da República de 1988. “Os juizes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após 2 anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídios, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I.”

Segundo a doutrina de Carnelutti¹¹, a jurisdição constitui função que tem por escopo a justa composição da lide. A lide, por sua vez, como antes mencionado, é definida como conflito de interesses caracterizado pela pretensão resistida.

Assim, desde que o Estado tomou para si o monopólio da prestação da justiça, substituindo a justiça privada, passou a se responsabilizar pela pacificação social, por meio da composição do litígio posto a sua apreciação.

Ovídio Baptista da Silva, analisando a doutrina de Carnelutti, aponta um vício, pois busca “definir o ato jurisdicional indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve; não o seu ser, mas a sua função, ou a sua finalidade”¹². O ilustre mestre gaúcho ensina que a composição dos conflitos de interesse pode dar-se de inúmeras formas, por outros agentes do Estado que não sejam juízes. Dessa forma, a “justa” composição da lide não pode ser concebida como caracterizadora da jurisdição, pois a composição da lide realizada por outros agentes do Estado não pode ser considerada injusta.

Assim, a visão de Carnelutti acerca da jurisdição não é suficiente para conceituar a realidade complexa da jurisdição nos tempos atuais.

Já na visão de Chiovenda, o processo é um conceito básico em torno do qual gira todo o sistema, definindo-se como o conjunto de atos dirigidos com a finalidade de atuação da lei, mediante os órgãos da jurisdição. A sua meta para estudo do Direito Processual era partir dos conceitos fundamentais de ação e processo, estudando a jurisdição com seus derivativos - organização judiciária e competência, apenas como pressuposto processual, isto é, como condição necessária para se constituir a relação processual.

Na lição de Chiovenda, a jurisdição é definida nos seguintes termos:

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da vontade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.¹³

Percebe-se nesta conceituação que a teoria construída por Chiovenda traz o traço marcante da função jurisdicional como a substituição por uma atividade pública de uma atividade privada.

¹¹ CARNELUTTI, *op. cit.* p.94

¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996. Vol. 1. p. 25.

¹³ CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1943. Vol. II. p. 11.

Pode-se verificar que as teorias de Carnelutti e Chiovenda são antagônicas entre si, sendo a concepção de ordenamento jurídico de cada um o traço distintivo entre elas. Carnelutti era simpatizante da teoria unitária do ordenamento jurídico, segundo a qual as normas de direito material não têm o condão de criar direitos subjetivos, mas apenas expectativas de direito. É função do juiz criar o direito subjetivo, antes inexistente, por intermédio da sentença. Para os adeptos dessa teoria, lide é resultado da incerteza da existência do direito subjetivo. A sentença, ao criar esse direito substancial, comporia o litígio.

Por outro lado, Chiovenda reflete maior proximidade com a teoria dualista do ordenamento jurídico, segundo a qual a sentença não cria direitos, mas limita-se a reconhecer a existência de direitos preexistentes.

A teoria de Chiovenda por vezes aparenta ser a mais adequada, pois não se nega que o Estado tem por escopo a atuação da lei no caso concreto, substituindo a ação dos particulares. Entretanto, o mestre italiano concebe a jurisdição de forma muito formalista, não concedendo oportunidade para que o juiz analise a solução que lhe pareça mais justa para o caso concreto.

Diante disso, a melhor solução parece ser a conjugação das duas teorias, aproveitando o que ambas têm de melhor. Porém, ante a divergência na concepção de ordenamento jurídico, isso não é possível.

Em razão dessa impossibilidade, prefere-se adotar a concepção de jurisdição proposta pelo mestre Cândido Rangel Dinamarco, por ser a que melhor conjuga as concepções carneluttianas e chiovendianas.

O professor Cândido Rangel Dinamarco, em conjunto com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, no livro *Teoria Geral do Processo*¹⁴, consegue bem fazer uma conceituação de jurisdição que concilie as teorias de Carnelutti e Chiovenda.

Para eles, a jurisdição tem como escopo principal a pacificação social, dando-se esta mediante a substituição feita pelo Estado em relação aos titulares dos interesses em conflito. E é por meio do processo que o Estado desempenha essa função, aplicando a norma de direito objetivo ao caso concreto a ser solucionado.

Por outro lado, a jurisdição também é vista pelos autores mencionados como poder e atividade. A jurisdição é manifestação do poder estatal, qualificado como uno e indivisível, na medida em que o Estado decide imperativamente e é dotado de meios para

¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 145

impor suas decisões. Como atividade, a jurisdição é um complexo de atos exercidos pelo juiz no decorrer do processo, por intermédio do qual o magistrado exerce o poder e cumpre sua função.

Assim, pode-se dizer que a jurisdição deve ser entendida em sua tríplice conceituação, ou seja, como poder, como função e como atividade, tendo como escopo maior a pacificação dos conflitos da sociedade.

Já a ação é definida como o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional¹⁵. Isso não significa ter direito a uma sentença favorável, mas direito a um pronunciamento jurisdicional a esse respeito, favorável ou não. Significa que o direito de ação é autônomo, independente da existência de um direito substancial.

O processo, a seu turno, como já mencionado, é o instrumento mediante o qual o Estado exerce a jurisdição da forma mais adequada ao caso concreto¹⁶. Na atualidade, é pacífico que a relação processual constitui-se numa relação de direito público da qual se extraem poderes, direitos e obrigações para todas as partes envolvidas, inclusive para os juízes.

Feita essa abordagem inicial, que servirá de base para a pesquisa desenvolvida, passa-se a analisar os princípios informadores do processo, bem como outros princípios que se relacionam à prestação da tutela jurisdicional e que têm pertinência com o estudo.

1.2. Princípios - noção conceitual e distinção em relação às regras.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que os princípios aqui tratados não se confundem com os chamados “princípios gerais do direito” previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. Esses princípios, sua maioria com status constitucional, diferentemente daqueles, são verdadeiras normas jurídicas e não apenas um elemento de composição das “lacunas” da lei.

No dizer de Geraldo Ataliba,¹⁷ os princípios “regem toda a interpretação do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o intérprete, sempre que vai se debruçar sobre os conceitos contidos no sistema”.

Dworkin¹⁸ distingue regras, princípios e diretrizes. As diretrizes seriam as normas que estabelecem metas a serem alcançadas, de natureza variada, seja política,

¹⁵DINAMARCO (2005a), *op. cit.* p.321.

¹⁶TEXEIRA, *op. cit.* p.127.

econômica ou social. Na visão de Ronald Dworkin, os princípios remeter-se-iam a exigências de justiça e equidade. Já a diferença em relação às regras, segundo o mencionado autor, verifica-se em razão de que, em primeiro lugar, as regras são aplicadas numa relação de *tudo ou nada*, isto é, ou a regra é válida e se aceitam as suas conseqüências jurídicas, ou não, e ela não conta para a decisão. Já os princípios, ainda que sejam aplicáveis ao caso, não determinam necessariamente a decisão, e a sua não aplicação não determina a sua invalidade. O princípio de maior peso determinará a decisão, mas não invalidará o princípio de menor peso.

Já em Alexy, a distinção entre princípios e regras adquire uma grande importância, pois, para ele, sem essa distinção não seria possível existir uma teoria satisfatória de colisão ou uma teoria adequada de limites¹⁹. Ao conceituar os princípios, Alexy o faz como *mandados de otimização*, ou seja, ele atribui uma estrutura teleológica aos mesmos. Assim, na visão construtivista de Alexy, os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.²⁰ Assim, a aplicação do princípio está condicionada às possibilidades jurídicas e fáticas a serem procedidas no instante da aplicação. Já as regras contêm determinações, podendo estas ser cumpridas ou não.

Outra forma de distinguir princípios e regras está no momento de sua colisão. A colisão de regras é resolvida com a introdução de uma cláusula de exceção. Caso não seja possível a aplicação da cláusula de exceção, a solução será que uma das regras será expurgada do ordenamento jurídico, seja pela aplicação do princípio da cronologia, segundo a qual a norma mais nova prevalece em relação a mais antiga, seja pelo princípio da hierarquia, pelo qual norma de hierarquia superior prevalece em relação à norma hierarquicamente inferior, ou ainda pelo princípio da especialidade, que prevê que norma especial prevalece em face da norma de caráter geral.

Já em relação aos princípios, destacam-se as dimensões de peso. Diferentemente das regras, dois ou mais princípios podem compor e incidir sobre o mesmo fato. Porém, na aplicação dos princípios procede-se a uma ponderação de bens, sendo possível a incidência de dois princípios no caso concreto, sem que, no entanto, um retire a validade do outro.

¹⁷ ATALIBA, Geraldo. *II Ciclo de Conferências e Debates sobre ICM*. Brasília: Secretaria de Economia e Finanças, 1981. p. 11.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978. p.27.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernerto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.85.

A distinção em comento é importante para o tema em estudo, pois será examinado o princípio da efetividade (da prestação da tutela jurisdicional efetiva) como um princípio/direito fundamental, e deve-se estar apto a analisar como devem ser solucionados os conflitos entre este princípio e outros que informam a prestação da tutela jurisdicional, de modo a perseguir a ponderação de bens sugerida por Alexy.

Feita essa elucidação inicial, cabe adentrar em quais são os princípios que informam a prestação da tutela jurisdicional para, em seguida, tentarmos esclarecer qual princípio deverá prevalecer em caso de colisão entre os mesmos.

1.3. Princípios que informam a prestação da tutela jurisdicional.

A maior parte da doutrina²¹ estabelece como princípios informativos que norteiam a prestação da tutela jurisdicional os seguintes: lógico, econômico, político e jurídico.

Rui Portanova²² acrescenta aos acima mencionados o princípio instrumental e o da efetividade.

1.3.1 Princípio lógico

Pelo princípio lógico entende-se que o processo é uma sucessão de atos logicamente cadenciados. Trata-se de uma preocupação metodológica. “Um andamento lógico e racional do processo é garantia de estar-se em bom rumo para a realização da justiça”²³.

Do princípio lógico decorre o princípio da prejudicialidade. Assim, as questões que podem prejudicar o mérito da lide deverão ser apreciadas em primeiro lugar, sejam elas de natureza processual (preliminares) sejam de natureza material (prejudiciais de mérito).

1.3.2. Princípio da economia processual

O princípio econômico, também conhecido por princípio da economia processual, informa que o processo deverá ser estruturado de forma a dar maior celeridade com a menor atividade possível, desde que respeitadas as garantias das partes e as regras dos

²⁰ *Ibid*, p.85.

²¹ DINAMARCO, CINTRA, GRINOVER, *op. cit.* p. 57

²² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 20.

procedimentos. Trata-se de uma racionalização do procedimento com vistas a diminuir custos e tempo, prestando uma tutela mais eficiente.

A demora na prestação da tutela jurisdicional é mal que precisa ser evitado. Desde que o Estado tomou para si o monopólio da prestação jurisdicional passou a ter o dever de prestar a tutela de forma eficaz e célere. A demora na prestação jurisdicional gera perda de legitimidade do Poder Judiciário, levando as partes, em alguns casos, a procurar soluções alternativas à prestação da tutela jurisdicional estatal²⁴.

Assim, a prestação de uma tutela jurisdicional econômica, ou seja, viável em relação aos custos e célere, tem por escopo político a afirmação do poder do Estado e principalmente a pacificação dos conflitos.

Alguns passos para a melhoria do problema da demora na prestação da tutela jurisdicional já foram dados, como a criação dos Juizados Especiais (lei nº 9.099/95) e a ampliação da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, atendidos determinados requisitos, por meio da nova redação do art. 273 do CPC (lei nº 8.952/94).

Ainda se está longe, contudo, da concretização do princípio da economia processual em sua plenitude.

1.3.3. Princípio político

Outro princípio informador da prestação da tutela jurisdicional é o princípio político. Enuncia-se por esse princípio que ao cidadão é assegurado o direito de participação, por intermédio do processo, na realização de seu direito individual e social.

O princípio em questão é um elo entre o cidadão e a satisfação de seus direitos, por meio do qual se pode perceber com maior nitidez o caráter instrumental do processo. Na visão de Caballero²⁵ a evolução do direito processual é passo importante para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Cappelletti²⁶ resume em poucas palavras a importância do princípio político ou de participação:

Se é verdade que *democracia* significa, antes de mais nada, *participação* e se é verdade que o fenômeno mais típico do processo é a existência de um procedimento

²³ *Ibid.*, p. 23.

²⁴ Veja-se a esse respeito a ordem jurídica paralela que tem se formado nos subúrbios das grandes cidades brasileiras, onde o Estado não consegue chegar.

²⁵ CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. *Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil*. Revista de Processo: 1988. Vol. 52. p. 227.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Problema das reformas do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p.09-30. p. 16.

destinado a assegurar às partes o direito de participar da formação do *judicium*, não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre esteja privada de informações e de representação, que constituem condições inarredáveis para sua participação.

1.3.4. Princípio da igualdade

Não menos importante é o princípio da igualdade ou princípio jurídico na prestação da tutela jurisdicional.

Segundo Ada Pellegrini Grinover²⁷, a igualdade tem duas dimensões: uma dimensão estática e uma dinâmica. Na dimensão dinâmica, o Estado deve suprir as desigualdades para transformá-la em igualdade real. Já na dimensão estática, o conceito de igualdade é estável e evita a instituição de privilégios.

A Constituição da República de 1988 prevê as duas dimensões da igualdade. Ao enunciar que “todos são iguais perante a lei”(art. 5º), vislumbramos sua porção estática, mas ao mesmo tempo o art. 3º, III prevê como objetivo do Estado “reduzir as desigualdades sociais e regionais” – porção dinâmica da igualdade.

A preocupação com a redução das desigualdades remonta aos textos bíblicos. Em Jó (34.11) e na Carta de São Paulo a Timóteo (4.14), bem como no Apocalipse (20.12) há referências ao tema da igualdade, seja para receber as recompensas, seja para cumprir castigos.

Atribui-se a Aristóteles a máxima de que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Depois de anos de esquecimento em razão da época feudal, a igualdade passa a ser novamente lembrada pelos idealistas da Revolução Francesa, que tinham como bandeira o trinômio: liberdade, igualdade e fraternidade. Porém, como os idealistas da Revolução Francesa nada mais eram senão burgueses, a igualdade pretendida era simplesmente a igualdade formal, privilegiando-se a liberdade em detrimento dos demais princípios.

A igualdade formal consiste numa igualdade de direitos e deveres outorgados pelos textos legais. Já a igualdade material consiste na equiparação de todos os seres humanos no que diz respeito ao gozo e fruição de seus direitos, assim como sujeição aos deveres²⁸.

Hoje em dia a igualdade, juntamente com a liberdade, é entendida como pilar da democracia, não sendo mais suficiente entendê-la em seu sentido formal. Faz-se necessário que a igualdade seja material.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 6

²⁸ PORTANOVA, *op. cit.* p. 38.

O princípio da igualdade é tão importante que é por alguns doutrinadores considerado princípio supraconstitucional²⁹ na medida em que outras disposições da Constituição com ele devem se coadunar.

Essa idéia de igualdade material deve se refletir também no processo e, principalmente, no acesso à justiça. Mauro Cappelletti³⁰ justifica que tratar como iguais sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça.

Essa igualdade no processo é conhecida como princípio da paridade entre as partes. No processo, o princípio da igualdade vai relacionar-se com outros dele decorrentes, como o princípio do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade.

Humberto Teodoro Júnior³¹ diz que “todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes em detrimento de outro, no rumo do êxito processual”.

Contudo, Barbosa Moreira³² atribui ao órgão judicial a responsabilidade de reduzir a desigualdade material entre as partes, por intermédio de uma atuação mais ativa do juiz.

A igualdade promovida pelo juiz não compromete em nada a sua imparcialidade, ao contrário a fortalece na medida em que o julgador, diante de uma parte indefesa ou mal assistida, ao invés de permanecer passivo frente a erros e omissões, assume um papel ativo, deixando de ter atitude privada e encara o seu papel como agente público. A doutrina vem entendendo que, ao tratar de forma igual partes que são de fato desiguais, como ricos e pobres, fracos e fortes, não se está violando apenas o princípio da igualdade, mas o princípio da imparcialidade e do contraditório, pois um juiz equidistante não quer dizer um juiz distante da realidade posta a seu julgamento³³.

Não há imparcialidade judicial com desigualdade entre as partes. Sem a igualdade de condições entre as partes o contraditório torna-se uma deformação.

²⁹ *Ibid.*, p. 37.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologia, sociedad*. Trad. Santiago Sentis de Melendo e Tomás A. Bezhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 67.

³¹ THEODORO JR., Humberto. *A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, março de 1991. Vol. 665. p.11-22. p. 14.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: _____(org). *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989. Quarta Série. p. 183.

³³ PORTANOVA, *op. cit.* p. 46.

1.4. Outros princípios pertinentes à prestação da tutela jurisdicional.

Nesse tópico, passa-se a tratar de outros princípios relacionados com a prestação da tutela jurisdicional, mas que não podem ser considerados princípios informadores por serem mais específicos.

Elegem-se apenas os princípios que têm pertinência com o tema em estudo, qual seja, a possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face de sua postulação implícita, dada a natureza da pesquisa desenvolvida.

Tratar-se-á dos seguintes princípios: princípio do juiz natural, princípio do dispositivo, princípio da inafastabilidade da jurisdição (princípio do acesso à justiça), princípio da vinculação do juiz aos fatos da causa, princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte e o princípio da proporcionalidade, além do princípio da efetividade e da instrumentalidade. Tratar-se-á, ainda, do princípio da razoável duração dos processos no capítulo atinente ao Tempo e o Processo.

1.4.1. Princípio do Juiz Natural

Pelo princípio do juiz natural, também conhecido por princípio do juiz constitucional, estabelece-se que toda causa será julgada por juiz constitucionalmente competente. Em face desse princípio é que se proíbe a criação de tribunais de exceção, ou seja, tribunais criados após a ocorrência do fato apenas para aquele julgamento.

Percebe-se que o acolhimento do princípio do juiz natural tem dúplice função: por um lado, proíbe a criação de tribunais extraordinários *ex post facto* e, por outro lado, proíbe-se a transferência de uma causa para outro juiz ou tribunal.

Assim, o juiz natural é aquele integrante do Poder Judiciário, regularmente investido, cercado das garantias próprias conferidas àqueles que exercem tal poder e competente conforme as normas estabelecidas na Constituição da República de 1988 e as leis de organização judiciária local.

Vale salientar que a criação de justiças especializadas, como a justiça trabalhista e a justiça militar, não significa afronta ao princípio do juiz natural, desde que esses juízos sejam pré-constituídos.

1.4.2. Princípio do Dispositivo e seus derivados: Princípio da Inércia da Jurisdição – Princípio da Demanda (e contrademanda) – Princípio da Impugnação da Sentença Privada.

O princípio do dispositivo ou princípio da disposição da parte, na visão de Mauro Cappelletti, engloba o princípio da demanda, o princípio da exceção, o princípio da impugnação da sentença privada e o princípio da indisponibilidade do processo³⁴.

O Estado, ao retirar do indivíduo o direito de resolver seus próprios litígios pela autotutela, concedeu-lhe o direito de ação, ou seja, a disponibilidade de usar ou não usar o Poder Judiciário. Querendo, a parte terá a sua disposição o aparato do Poder Judiciário e o fará sob a proteção do princípio da demanda.

Assim, o princípio da demanda tem conteúdo similar ao princípio da inércia da jurisdição, apenas diferenciando-se em relação ao prisma de análise. A inércia é analisada pelo lado passivo, enquanto a demanda é vista pelo lado ativo: é a parte que movimenta a jurisdição que, em princípio, é inerte.

Diferentemente dos Poderes Legislativos e Executivos, o Poder Judiciário apenas age quando é provocado. Assim, o cidadão pode acionar o Poder Judiciário para solucionar o seu conflito de interesses. Porém, apenas quando acionado, o Poder Judiciário irá se manifestar.

O cidadão não é obrigado a acionar o Poder Judiciário, pois existem outras formas de composição do litígio que foram estudadas no item 1.1 deste trabalho. Contudo, se o interessado aciona a jurisdição, fá-lo sob a proteção do princípio da demanda ou da ação. Assim, o princípio da demanda significa que a parte “dispõe”, tem liberdade para agir³⁵. Por pior que seja o prejuízo, só a parte pode agir em seu interesse. A jurisdição é, por princípio, inerte.

Assim, o princípio da inércia da jurisdição é o mesmo princípio da demanda, só que visto pelo lado passivo.

É importante salientar que o mesmo princípio da demanda vale para a outra parte da relação processual, qual seja, o demandado. Seria o princípio da contrademanda ou da exceção. Por esse princípio, o demandado poderá apresentar defesa, se quiser, e

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001. p.24.

³⁵ Mauro Cappelletti entende que o princípio deveria ser da demanda “privada”, pois existe o processo penal inquisitório e o processo penal acusatório que, apesar de seguir as regras do princípio da demanda, a parte a quem cabe iniciar o processo é uma parte pública (órgão do Ministério Público, titular da ação penal pública). CAPPELLETTI (2001), *op. cit.* p.24.

determinadas questões só poderão ser conhecidas pelo juiz caso levantadas pela parte demandada. Apenas as questões consideradas de ordem pública é que poderão ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Por outro lado, o cidadão, ao optar por movimentar o processo, tem liberdade para impor limites à atuação dos juízes. Tais limites estão relacionados com os fatos que vão compor a demanda e com o pedido da prestação da tutela jurisdicional – princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte.

Ainda na visão de Mauro Cappelletti, também decorre do princípio do dispositivo o princípio segundo o qual, uma vez ditada a providência jurisdicional, somente as partes ou terceiros interessados podem impugnar esta providência. Tampouco o juiz poderia impugnar a providência determinada.

Vale salientar também que as partes podem dar um fim ao litígio antes mesmo do advento da sentença, por meio da transação privada. Isso em se tratando de direitos substantivos de caráter privado e, portanto, disponíveis.

Respeita-se a opinião do mestre Mauro Capelletti acima exposta, mas acredita-se que há uma diferença importante entre o princípio do dispositivo e o princípio da demanda.

Ovídio Baptista da Silva ressalta a importância de se fazer a distinção entre o princípio do dispositivo e o princípio da demanda.

De um modo geral, não se faz a distinção entre o princípio do dispositivo e o chamado princípio da demanda. A distinção, porém, é relevante. O primeiro deles diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo. (...) Enquanto o princípio do dispositivo diz respeito aos poderes que as partes têm em relação a uma causa determinada, posta sob julgamento, o princípio da demanda refere-se a própria atividade jurisdicional. O primeiro corresponde à determinação dos limites dentro dos quais se há de mover o juiz, para cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa em na busca do material formador de seu convencimento; ao contrário, o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou se deixará de exercê-lo.³⁶

Assim, compreende-se que o princípio da demanda é imprescindível para a movimentação da jurisdição, enquanto o princípio do dispositivo diz respeito à disponibilidade de algum ato que as partes poderão utilizar durante a marcha processual.

Em síntese, o princípio da demanda impede o juiz de agir de ofício para iniciar uma relação processual, enquanto o princípio do dispositivo permite às partes escolherem a realização de certos atos processuais já com o processo em curso.

Porém, essa disponibilidade não afeta o juiz que, na busca da efetividade da tutela jurisdicional, poderá e, por que não dizer, deverá agir de ofício.

O princípio do dispositivo, com o viés da inércia da jurisdição, tem como pano de fundo a preservação da imparcialidade do juiz, pois, uma vez que fosse dado ao juiz iniciar o processo, ele estaria comprometido psicologicamente com o resultado.

Porém, apesar de tudo o que foi dito, esse princípio comporta exceções, como no caso de abertura de inventário, na hipótese do art. 989 do CPC ou de exibição de testamento, prevista no art. 1.129 do CPC, bem como em relação ao recurso necessário ou reexame necessário.

Em conclusão, tem-se que a jurisdição é inerte, por princípio, mas não deve ser inócua. Assim, uma vez acionada a jurisdição, ela movimenta-se por impulso oficial. Isso quer dizer que ocorrendo eventos processuais que desatem do interesse público, o juiz deve conhecê-los de ofício, como nos casos de extinção do processo por falta de condições da ação ou ausência de pressupostos processuais. Isso porque é preciso conciliar o caráter público do Direito Processual com o interesse das partes privadas do processo e seus direitos substantivos disponíveis. As partes privadas, mesmo sendo livres para dispor dos direitos substantivos deduzidos em juízo, ou seja, do objeto do processo, não são livres para dispor, a seu bel-prazer, do próprio processo enquanto instrumento. A elas não cabe dispor acerca do modo como o processo irá se desenvolver.

Rui Portanova coloca que o desafio do processualista moderno é afastar uma aplicação burocrática do princípio da inércia da jurisdição, impedindo que o processo civil seja local privilegiado de vitórias dos espertos e dos ricos³⁷.

1.4.3. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988, consagra, com *status* constitucional, o direito a ter uma tutela jurisdicional adequada. É desse princípio que são extraídas as garantias do direito de ação, do princípio do juiz natural e seus corolários.

Luiz Guilherme Marinoni lembra que entender o mencionado princípio como o direito de ter uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação de justiça tem sido fundamental para se conceber um sistema processual que efetivamente tutele direitos, seja

³⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *op. cit.* p. 63-64 V. 1.

³⁷ PORTANOVA, *op. cit.* p. 72.

interpretando a norma de modo a suprir eventuais imperfeições, seja por meio da criação de instrumentos, como o mandado de segurança, para coibir as falhas existentes³⁸.

O princípio em questão não só garante um direito de ação, mas um direito ao devido processo legal³⁹. O direito de ação, constitucionalmente garantido, deve vir acompanhado dos meios para que o indivíduo consiga obter o pronunciamento jurisdicional, ou seja, o direito de ação ou direito ao processo é também o direito ao devido processo legal.

Dizer isso não significa apenas dizer que deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa; significa que o direito ao devido processo legal é ter direito a uma tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material.

Assim, o direito de acesso à justiça, que tem como corolário o direito à adequada prestação da tutela jurisdicional, compreende a preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. Dessa forma, quem tem um direito deve ter a seu dispor instrumentos necessários a sua realização.

Como o direito à tutela jurisdicional adequada está albergado constitucionalmente, o legislador infraconstitucional deverá estruturar o sistema processual de modo a garantir efetividade à tutela de direitos⁴⁰. Assim, por exemplo, se na realidade contemporânea muitas vezes não se pode esperar o tempo necessário para o deslinde do processo com cognição exauriente, cabe ao legislador criar meios de garantir que seja possível a realização de tutelas de cognição sumária, em cumprimento ao preceito constitucional, como é o caso da tutela antecipatória prevista no art. 273 do CPC.

Poder-se-ia concluir afirmando que o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante não apenas o direito de ação, mas o direito de que existam meios adequados à efetivação da tutela jurisdicional.

³⁸ MARINONI (2004), *op. cit.* p. 158.

³⁹ O princípio do devido processo legal pode ser entendido sob duas acepções, a saber: substancial e formal. Pela acepção formal, o princípio em comento deve garantir que a tutela seja prestada através de um processo com respeito às garantias constitucionais, inclusive do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, bem como com respeito ao princípio do juiz natural, da efetividade, da motivação das decisões e da publicidade. Já na acepção substancial, o princípio do devido processo legal corresponde à prestação da tutela adequada ao caso concreto, ou seja, equipara-se ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. (DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador : Podivm, 2007. p. 31. Vol. 1)

⁴⁰ Entendem como direito fundamental previsto na Constituição o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, de modo a orientar a interpretação dos juizes no caso concreto os seguintes doutrinadores dentre outros: Nelson Nery Jr. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006), Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI (2004) *op. cit.*), e Delosmar Mendonça Jr.(MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.)

1.4.4. Princípio da Vinculação do Juiz aos Fatos da Causa e Princípio da Adstrição do Juiz ao Pedido da Parte

Dada a semelhança de conteúdos, analisar-se-á o princípio da vinculação do juiz aos fatos da causa em conjunto com o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte. Ambos os princípios têm função idêntica e estão preocupados com os fatos narrados e com os pedidos feitos. Visam evitar abusos do Estado-juiz mediante ingerência discricionária nos atos privados das partes.

Pelo princípio da adstrição do juiz ao pedido, também conhecido como princípio da congruência, entende-se que o juiz, ao sentenciar, deverá observar a extensão do pedido formulado pela parte na inicial⁴¹. Isto significa que a decisão somente pode ser proferida dentro dos limites da pretensão. Seu fundamento legal está no art. 460 do CPC segundo o qual “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou objeto diverso do que foi demandado”.

Extrai-se do dispositivo mencionado que o juiz deve julgar a causa nos termos do pedido da parte, nem mais - *ultra petita* -, nem menos - *citra petita* -, nem fora do pedido - *extra petita*. Enquanto esse princípio vincula o juiz ao *pedido*, o princípio da vinculação do juiz aos fatos da causa vincula o juiz às *questões e aos fatos*, como o próprio nome esclarece.

Pelo princípio da congruência, o julgador não pode se pronunciar fora dos limites do pedido. A atuação do magistrado em desacordo com o mencionado princípio pode até nulificar a sentença proferida.

O fundamento para tal princípio é evitar uma ação discricionária do juiz, impondo um limite ao Estado na ingerência dos assuntos privados das partes. Por ele, o autor fica seguro de que não receberá menos do que pretende, e o réu não será penalizado além do que fora pedido pelo autor.

Entretanto, assim como os demais princípios em estudo, os princípios em análise não devem ser interpretados de forma exagerada; deve-se sempre ter em mente os escopos do processo, sob pena de desvirtuá-lo como instrumento de salvaguarda do direito substantivo que alberga.

A fundamentação legal para o princípio da vinculação está inserida no art. 128 do CPC, segundo o qual “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe

⁴¹ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principlológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 148.

defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

Segundo Ernane Fidelis dos Santos⁴², as questões a que se refere o dispositivo legal mencionado dizem respeito ao fundamento de fato ou ao fundamento jurídico do pedido.

Há, porém, questões que, por seu aspecto formal e por seu interesse público, devem ser analisadas de ofício pelo juiz. São os casos, por exemplo, de nulidade absoluta dos atos praticados. É que, a partir do ajuizamento da demanda, o Poder Judiciário assume o dever de zelar para que o processo prossiga segundo as normas processuais em vigor.

Assim, em regra, o juiz não poderá se afastar dos fatos trazidos pelas partes para os autos; porém, isso não significa que o juiz esteja desobrigado de perquirir as circunstâncias e conseqüências sociais, políticas e econômicas que envolvem os fatos levados a julgamento.

1.4.5. Princípio da Proporcionalidade

Sempre que se pensa em proporcionalidade, pensa-se em uma relação entre dois elementos diferentes. Algo é proporcional em relação à outra coisa. Essa é uma idéia geral de proporcionalidade aplicável a diversas ciências, inclusive ao Direito.

Esse sentido geral de proporcionalidade, todavia, não deve ser confundido com o princípio da proporcionalidade em sentido jurídico. Esse, por seu turno, é instrumento específico da experiência jurídico-constitucional e permite a limitação do poder estatal.

A idéia de proporcionalidade é inerente a qualquer conceito jurídico passível de poder em um Estado Democrático de Direito. Todo poder deve ser exercido dentro de limites. O princípio da proporcionalidade, segundo Gustavo Ferreira Santos⁴³,

trata-se de um instrumento segundo o qual a medida a ser tomada pelo Estado há de ser adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, bem como deve ser garantida um relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que por ela é sacrificado. O princípio da proporcionalidade faz essa medição entre diferentes grandezas, combinando, proporcionalmente à importância para o caso concreto, diferentes valores contidos no sistema.

É com fundamento no princípio da proporcionalidade que é feita a ponderação e harmonização de interesses constantes da Constituição, com fins a encontrar uma solução justa nas várias situações de conflito entre bens, interesses e direitos.

⁴² SANTOS, Ernane Fidelis. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 161.

⁴³ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 109.

Seguindo a conceituação do princípio da proporcionalidade acima transcrito, pode-se identificar a existência de três subprincípios dele decorrentes. São eles o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação busca saber se a medida adotada pelo Estado é adequada a atingir o fim pretendido. Trata-se da utilidade da medida adotada. O princípio da necessidade, por sua vez, encerra que o Estado deverá tomar a medida menos gravosa em relação à restrição de direitos, esta apenas se justificando quando não haja outra medida que possa ser adotada para atingir aquele fim sem sacrifício de direitos. Por fim, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entende-se que, em caso de colisão de direitos, deverá prevalecer aquele de maior relevância, fazendo-se a ponderação de valores. Em outros termos, por este princípio o Estado não poderá sacrificar direitos fundamentais sob o argumento de estar protegendo direitos que, na prática, têm menor relevância⁴⁴.

Apesar de não estar expressamente consagrado no texto constitucional de 1988, o princípio da proporcionalidade é inerente a todo o ordenamento jurídico de um Estado de Direito. Ele está implícito no sistema constitucional de qualquer Estado de Direito na medida em que referido princípio protege os direitos fundamentais e o sistema de direitos fundamentais é uma característica do Estado de Direito.

Por fim, cabe um questionamento acerca da natureza material ou formal do princípio da proporcionalidade. Apesar de sua origem ser a proteção dos direitos fundamentais contra os excessos do poder de polícia do Estado, entende-se, concordando com o Professor Gustavo Ferreira Santos, que sua natureza é formal, pois os conteúdos materiais não são definidos previamente, apenas existindo um mandamento de otimização dos interesses em tensão.

Por não se tratar de norma jurídica, no sentido do conceito de princípio como norma elaborado por Alexy e já tratado no presente estudo no item 1.2, não existe razão para localizar a sede do princípio da proporcionalidade no Texto Constitucional. Na verdade, o dever de utilizá-lo na interpretação decorre do sistema como um todo e, principalmente, da necessidade de eficácia das normas e da função regulativa do Direito em um Estado de Direito, bem como dos princípios que, no caso concreto, formam o seu conteúdo material.

⁴⁴ SANTOS, Gustavo Ferreira. *op. cit.* p. 113-114.

1.5 Instrumentalidade e efetividade

1.5.1. Princípio da efetividade

Rui Portanova inclui o princípio da efetividade como princípio informador da prestação da tutela jurisdicional, juntamente com o princípio da instrumentalidade, como já se mencionou em item anterior⁴⁵. Acredita-se que isso se deve à importância que a doutrina tem dado ao referido princípio, haja vista que a efetividade do processo é o que, de fato, produz a pacificação social, seu escopo primordial.

Já se viu, ao estudar-se o princípio político, que a participação do cidadão por meio do processo tem sido importante para o aperfeiçoamento da democracia. Contudo, não basta que o cidadão participe do processo. É necessário que o processo lhe dê resposta, ou seja, que o processo seja efetivo. Por isso, também pode ser considerado um princípio informador da prestação da tutela jurisdicional a efetividade do processo.

Efetividade é palavra do uso cotidiano das pessoas, mas, em Direito Processual, o que se deve entender por efetividade do processo? A efetividade do processo é tema obrigatório nos estudos de Direito Processual da atualidade.

Para Dinamarco⁴⁶, a visão de efetividade está alinhada a um aspecto positivo, ou seja, vai consistir na capacidade de exaurir os objetivos que legitimam o fenômeno processual. Deve-se extrair do processo o máximo que ele potencialmente possa proporcionar visando à pacificação social. O mestre mencionado define efetividade do processo como a idéia resumida de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.

Os processualistas da atualidade⁴⁷ costumam dizer que a busca da efetividade da tutela jurisdicional é a busca de aproximar o processo do direito material. Isso não quer dizer que o processo não detenha a sua autonomia em relação ao direito material, como anteriormente já se pensou. Não é uma volta ao sincretismo, mas tão-somente a aproximação do processo de sua real função, que é a pacificação social por intermédio da realização de uma tutela efetiva, garantindo-se a realização do direito material.

⁴⁵ PORTANOVA, *op. cit.* p. 14.

⁴⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 270.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 34.

José Roberto Santos Bedaque⁴⁸ chega a dizer que

a utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada a eficácia do processo, que constitui meio para garantir a atuação do direito na hipótese de ausência de cooperação espontânea dos destinatários.

Segundo Delosmar Mendonça Júnior⁴⁹, existem pelo menos duas maneiras de apreciar a efetividade do processo. Primeiro seria uma visão mais ampla, aproximando a efetividade da noção moderna de acesso à justiça. Por meio dessa visão, a efetividade ultrapassa a mera técnica processual e passa para as esferas políticas e sociais. Outra maneira seria visualizar a efetividade com relação à otimização da técnica, visando ao resultado justo do processo. Seria atingir o seu fim da melhor maneira possível.

Em relação a esta primeira visão, Dinamarco complementa⁵⁰

Falar de efetividade do processo ou de sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar de sua aptidão mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.

...

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico.

É nessa visão, tão bem exposta pelo mestre que se acabou de citar, que se deve entender a efetividade nesse trabalho.

Por outro lado, a efetividade processual traduz-se como um direito fundamental positivado na Carta Constitucional de 1988 ao estabelecer, em seu art 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O que fez a Constituição de 1988 foi conceder o direito fundamental de acesso à justiça, que deverá ser efetiva e tempestiva.

1.3.6. Princípio da instrumentalidade

Em tópico anterior estudou-se o processo judicial e os seus escopos. Ali se viu que o processo tem por finalidade maior pacificar com justiça, além de cumprir os escopos jurídico, político e social.

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 56.

⁴⁹ MENDONÇA JÚNIOR, *op. cit.* p. 66-67.

⁵⁰ DINAMARCO (2005b), p. 350-351.

Assim, deve-se ter em conta que o processo é instrumento para a realização da pacificação social.

A instrumentalidade que se fala não é do processo em relação à jurisdição, ou seja, do processo ser apenas um instrumento da jurisdição. E sim do processo, entendido como “*expressão resumida do sistema processual*” como preleciona Dinamarco, em relação a sua perspectiva exterior, na sua inserção na ordem jurídica, política e social⁵¹.

Tampouco se confunde a instrumentalidade do processo aqui tratada com a instrumentalidade das formas. Esse é um princípio muito relevante no Direito Processual segundo o qual as formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional a nulificação de um ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido.

O citado mestre Cândido Rangel Dinamarco visualiza a instrumentalidade do processo sob dois prismas: o negativo e o positivo⁵². Sob o aspecto negativo, aduz, a instrumentalidade do processo é uma conquista da atualidade; trata-se da tomada de consciência de que o processo não é um fim em si mesmo. Durante muitos anos, em face da necessidade de dar autonomia científica ao Direito Processual, deu-se menor importância a sua vocação primordial, que é a de ser instrumento de pacificação com justiça. Acreditou-se que o processo seria um fim em si mesmo. Felizmente, a fase autonomista da história do Direito Processual foi superada. Hoje o sistema é aberto às influências do Direito Constitucional e da Teoria Geral, e, com isso, vieram as preocupações com a ordem social e política.

Não se busca, ressalte-se, desprezar o Direito Processual. É imenso o valor das formas e dos procedimentos legais experimentados por séculos. Trata-se de desmistificar as regras, princípios e o próprio sistema. Nas palavras do próprio Dinamarco em discurso de posse para o cargo de juiz, o processo “é um instrumento cheio de dignidade de autonomia científica, mas nada mais que um instrumento”⁵³.

Já o aspecto positivo da instrumentalidade do processo conduz à idéia de efetividade do processo, já tratada no item anterior, entendida como a capacidade do processo de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico, político e social. Para isso, espera-se do processualista e do juiz uma decidida mudança de mentalidade. Ainda falta muito, porém, para que se tenha o processo nos moldes desejados. Hábitos comodistas e

⁵¹ DINAMARCO (2005b), *op. cit.* p. 325.

⁵² *Ibid.*, p.326-334.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Discurso de posse no cargo de juiz do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo citado no livro do mesmo autor *A Instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 328.

formalismos desnecessários minam o sistema e essa alteração não é feita de uma hora para outra. Contudo, a questão da efetividade deve ser tratada reiteradamente no dia-a-dia forense e também na academia, para que algum dia os escopos do processo sejam alcançados.

Assim, o processo jamais deverá se distanciar de sua finalidade principal, que é o primado do direito e da justiça, por intermédio da pacificação social, não se prestando mais a interesses individualistas, mas aos interesses da coletividade, aos interesses sociais.

1.6 Obstáculos à efetividade

Falar de efetividade do processo é também falar dos obstáculos existentes e que impedem a obtenção de tal ideal. É falar da morosidade da justiça, das deficiências do Poder Judiciário, da insuficiência dos poderes de *imperium* dos quais são dotados os magistrados.

José Carlos Barbosa Moreira⁵⁴ traz a noção mais completa e abrangente de efetividade. Para ele, a efetividade só é alcançada se atendidos alguns pontos: 1) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; 2) esses instrumentos devem ser utilizáveis por todos aqueles que supostamente são titulares de direitos, inclusive quando indetermináveis os sujeitos; 3) o convencimento do julgador deve corresponder o tanto quanto puder à realidade, sendo que, para tanto, deve haver condições propícias para a exata compreensão dos fatos relevantes; 4) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o pleno gozo de suas utilidades e 5) o resultado do processo deve ser atingido com o mínimo de dispêndio de tempo e energia.

Barbosa Moreira deixa claro que tais metas são ideais, admitindo que a perfeição não é deste mundo. Como o processo moderno pretende pacificar os conflitos sociais, será efetivo o processo que mais chegar perto desse ideal, ou seja, o processo que conseguir cumprir, ao máximo possível, a realização dessas metas ideais.

Um dos obstáculos à efetividade do processo é decorrente da legislação. Em face disso, inúmeras reformas têm sido perpetradas no sentido de adequar a legislação processual à realidade atual e à necessidade de busca de sua efetividade. As reformas, apesar de terem seus méritos, principalmente porque acarretam uma evolução no direito positivo, ainda não foram capazes de solucionar o problema da efetividade do processo.

É que a alteração da legislação é apenas um dos diversos pontos que acarretam a ausência de efetividade do processo.

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual: doutrina*. Revista Forense: Rio de Janeiro. Vol. 329. 1995, p. 97.

Contudo, o maior obstáculo à efetividade que se pode identificar é a morosidade da justiça. Essa, por sua vez, se dá por diversas causas. Deve-se indagar, no entanto, de quem é a responsabilidade pela demora da prestação da tutela jurisdicional. Vários julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabelecem condenações aos Estados-membros que prestam a tutela jurisdicional de forma tardia. Tais Estados, após pagarem vultuosas indenizações de caráter patrimonial e não patrimonial em face do reconhecimento do direito à prestação de uma tutela jurisdicional sem dilações indevidas, não tornam a reincidir nessa prática, aparelhando melhor o Poder Judiciário de seus países⁵⁵.

Cabe questionar a quem interessa a demora na prestação da tutela. De fato, a demora apenas favorece o réu que não tem razão. Como o Estado é, em grande parte dos processos, réu e sem razão, pode-se concluir que ele é um dos maiores beneficiados com a demora na prestação da tutela jurisdicional.

Em razão disso, o próprio Estado não prestigia o Poder Judiciário, não aparelhando adequadamente os fóruns e tribunais de todo o país.

Por outro lado, com a Constituição de 1988, a democracia e a cidadania foram incrementadas no país e, com ela, aumentou o número de demandas levadas ao Poder Judiciário. Entretanto, os investimentos na melhoria da prestação do serviço jurisdicional não cresceram na mesma proporção.

Vê-se que há um desprestígio do Poder Judiciário em relação aos demais. O Poder Executivo, por vezes, não respeita a decisão judicial, e não a cumpre até que sejam tomadas medidas drásticas que o obrigam a tal. Noutra banda, o Poder Legislativo não confia no Poder Judiciário, na medida em que Comissões Parlamentares de Inquérito já foram instauradas para apuração de denúncias de nepotismos, malversação de dinheiro público e mesmo acolhimento de interesses espúrios, praticados pelos juízes no exercício da jurisdição.

Faz-se necessário que os tribunais passem a aplicar de modo mais rigoroso as sanções previstas para o descumprimento pelos magistrados dos seus deveres.

Não bastasse isso, o Estado não dota os juízes com poderes de *imperium* capazes de garantir que a decisão judicial seja cumprida de forma a evitar dilações indevidas do processo. O juiz não está mais reduzido a simplesmente ser “a boca da lei” como quiseram os franceses, deixando-lhe apenas a missão de particularizar a situação concreta à hipótese legal. Isso era compatível com a realidade do liberalismo, como forma de garantir o

⁵⁵ Foi o que aconteceu com a Itália no julgamento da Corte Européia de Direitos do Homem citada na íntegra por José Rogério Cruz e Tucci no livro “Dano Moral decorrente da excessiva duração do processo” In *Temas Polêmicos de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 96-103

funcionamento da economia de mercado. Hoje está superada a idéia de que ao juiz cumpre apenas declarar o direito⁵⁶.

O magistrado precisa de mecanismos com força suficiente para fazer cumprir e respeitar suas decisões. Desde que esteja munido do poder de *imperium*, poderá e deverá não apenas dizer o direito, mas efetivá-lo.

Com o intuito de dotar melhor os juízes de poderes capazes de dar efetividade às decisões judiciais, Flávia Zanferdini defende a introdução, no ordenamento jurídico pátrio, de institutos como aqueles existentes nos países da *common law*, como a *contemp of court* e as *injunctions*⁵⁷.

Tudo isso contribui para aumentar a crise em que a Jurisdição está inserida, o que torna a tutela jurisdicional menos efetiva, sendo os maiores prejudicados os jurisdicionados.

⁵⁶ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. *O processo civil do 3º milênio e os obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 50-51.

⁵⁷ A *contemp of court* seria uma sanção de natureza civil consistente na aplicação de multa em caso de descumprimento da ordem, e de prisão, caso houvesse a recalcitrância mesmo após a aplicação de multa. A autora defende a constitucionalidade da prisão civil nesses casos esclarecendo não se tratar de prisão civil por dívidas, mas por descumprimento de ordem judicial. As *injunctions*, por outro lado, seriam um remédio legal que as cortes se utilizam para forçar a jurisdição de equidade. Pela jurisdição de equidade é possível a aplicação de várias soluções diferentes da reparação de danos em dinheiro, como determina a lei. Assim, caso não seja cumprida uma ordem da jurisdição de equidade é possível também a aplicação do *contemp of court*, ou seja, o *contemp of court* é meio de forçar o cumprimento das *injunctions*. (ZANFERDINI, Flávia. *O processo civil do 3º milênio e os obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 72-73).

2 O TEMPO E O PROCESSO

Após analisarmos os obstáculos à efetividade percebe-se que o longo tempo de duração do processo é o principal deles. Em razão disso, achou-se por bem introduzir no presente estudo um capítulo em separado dedicado apenas à relação do tempo com o processo. Essa análise é importante porque se verá mais adiante que a antecipação de tutela é uma das principais formas de evitar os danos que o longo tempo de duração de um processo pode causar.

Como já se viu no item referente ao princípio lógico, o processo requer uma cadência ordenada de atos. Os atos, por sua vez, devem ser realizados no momento oportuno. Porém, a experiência mostra que esse ideal nem sempre vem se cumprindo.

Não é nenhuma novidade que o fator tempo, no que se refere a um processo judicial, é considerado um dos principais motivos para a crise da justiça. A excessiva duração de um processo judicial mostra que, na realidade, a administração da justiça não atende satisfatoriamente às expectativas e os anseios da sociedade.

Como lembra Luiz Guilherme Marinoni, o processo é um instrumento que “sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem.”⁵⁸

Dessa forma, a demora dos processos contamina a administração da justiça e é fator relevante para a diminuição da legitimidade da Jurisdição como pacificador dos conflitos da sociedade.

2.1 Tempo x duração

Deve-se a Bergson⁵⁹ uma sutil distinção entre tempo e duração. O tempo é operacional e pragmático, enquanto a duração é o tempo uno vivido continuamente. Fazendo um paralelo com a matemática, o tempo estaria para uma reta enquanto a duração estaria para um segmento de reta.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução da sentença*. São Paulo: RT, 1997. p. 23.

⁵⁹ BERGSON *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997. p. 17.

Por outro lado, a duração pode ser homogênea, ou seja, não passar do estado mental ou ideal em que se imobiliza certas fases fluentes da consciência, simultâneas de certos momentos físicos realizados no espaço real⁶⁰.

José Rogério Cruz e Tucci afirma que, para a filosofia clássica, o conceito de duração tem dois significados distintos. Primeiro, o termo temporal que circunscreve a existência de uma coisa e, segundo, o prolongar-se indefinidamente no tempo, ou seja, a eternidade⁶¹.

Para o presente estudo deve-se entender o tempo como duração, ou seja, como parte mensurável do movimento.

2.2 Tempo e direito

Sem dúvida, o tempo constitui importante premissa no que concerne ao direito. Em outras palavras, o tempo é uma grandeza juridicamente relevante para o direito como um todo.

Como exemplo, poder-se-ia citar os institutos da prescrição e da decadência, que nada mais são do que a extinção do direito material (decadência) ou instrumental (prescrição) em face do decurso do tempo.

Também se poderia incluir a capacidade civil, que apenas é atingida com os 18 (dezoito) anos completos⁶² e o prazo de um ano de separação de fato para ser possível a conversão da separação em divórcio⁶³.

Esses são apenas alguns exemplos de institutos que se regem pelo tempo, muitos outros existem que poderia tomar diversas dessas páginas, mas a intenção nesse tópico é apenas demonstrar como o tempo permeia o direito.

O processo, por seu turno, é um instituto dinâmico que se desenvolve no tempo e com duração própria. O processo, na medida do possível deve desenvolver-se de forma célere, a fim de que a tutela jurisdicional seja efetiva e oportuna.

Sabe-se, todavia, que a pressa é inimiga da perfeição e o grande desafio é tornar a justiça mais célere e mais efetiva, sem comprometer a segurança. Por vezes, isso não

⁶⁰ VAN ACKER, Leonardo *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997. p. 18.

⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997. p. 18.

⁶² Art. 5º do Código Civil. “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

⁶³ Art. 1.580 do Código Civil. “Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.”

será possível e algum sacrifício à segurança terá de ser feito em nome da efetividade, haja vista que não há qualquer sentido em prestar uma tutela segura, porém tardia e sem efetividade. Não se pode confundir tutela efetiva e célere com tutela precipitada, sem respeito às garantias processuais e, portanto, sem segurança.

Assim, o processualista moderno está desafiado a harmonizar as garantias processuais com a boa técnica, assegurando-se uma tutela o mais segura possível e dotada de efetividade.

2.3 Princípio da razoável duração do processo

Como já mencionado em itens anteriores, a preocupação com a efetividade do processo tem sido o centro das atenções dos processualistas modernos. Também já se estudou que um dos principais obstáculos a esta efetividade é a morosidade da justiça. Assim, percebe-se que a questão relativa à tempestividade da prestação da tutela jurisdicional está intimamente ligada à questão da efetividade do processo.

Por outro lado, no item atinente ao princípio da efetividade restou evidenciado que o mesmo, a partir do texto da Carta Política de 1988, tem *status* constitucional. Isso decorre do texto do art. 5º, XXXV que estabelece que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Embora o texto do mencionado artigo seja tímido, é a partir dele que se entende como direito fundamental o acesso à justiça de forma tempestiva e efetiva.

Assim, para a melhor doutrina⁶⁴, a garantia da tempestividade do processo é corolário de direito de acesso a justiça. E o direito ao acesso à justiça é considerado direito fundamental em um Estado Democrático de Direito.

O direito a uma prestação jurisdicional tempestiva ganhou contornos ainda maiores com a introdução, pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição de 1988, que prevê que são assegurados a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Antes mesmo da introdução do inciso LXXVII ao art. 5º na Constituição de 1988, alguns doutrinadores⁶⁵ já defendiam a existência de um direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. Fundamentavam essa opinião em razão do art. 6º, 1, da Convenção Européia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 48.

⁶⁵ TUCCI (1997), *op. cit.* p. 63-88.

de 1950, que prevê que toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num processo em prazo razoável.

Todavia, desde a época da mencionada Convenção como agora, existem muitas controvérsias em torno do que seria considerado prazo razoável. A Corte Europeia dos Direitos do Homem, por intermédio de sua jurisprudência, estabeleceu três critérios do que deve ser considerado prazo razoável, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O primeiro seria a complexidade do assunto. O segundo seria o comportamento das partes e de seus procuradores e, por último, a atuação do órgão jurisdicional.

Baseado nesses critérios é que a Corte Europeia dos Direitos do Homem condenou a Itália a indenizar as partes de um processo por excessiva duração de seu trâmite, além dos limites de razoabilidade⁶⁶.

O Brasil, ao positivizar o direito a um processo sem dilações indevidas, apenas acompanhou os ordenamentos jurídicos de outros países que já asseguravam em seu texto constitucional semelhante direito. Esse foi o caso da Espanha, por meio do art. 24.2 da Carta Política de 1978.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada em São José da Costa Rica em 1959, da qual o Brasil é signatário, já previa que toda pessoa tem direito de ser ouvida em um prazo razoável.

Percebe-se que, de fato, o atual texto constitucional deu status constitucional ao princípio/direito que já estaria inserido em nosso ordenamento jurídico pelo mencionado tratado internacional.

Contudo, louvável a inserção do inciso mencionado pelo constituinte derivado, porque apenas após a sua redação parece estar havendo um início de mudança de mentalidade dos operadores do Direito, não observada quando apenas contava-se com o dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica.

2.4 Causas da demora na conclusão do processo

Antes das recentes reformas por que tem passado o Código de Processo Civil, ele era apontado por muitos como o grande vilão no que diz respeito à enorme duração de um processo judicial. A infinidade de recursos previstos, entre eles o agravo de instrumento, que

⁶⁶ A íntegra do acórdão mencionado pode ser encontrada no artigo de TUCCI, José Rogério Cruz e. Dano Moral decorrente da excessiva duração do processo In *Temas Polêmicos de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 96-103.

era usado e abusado pelos operadores do direito, bem como a necessidade de ajuizamento de um novo processo, este de natureza satisfativa, para dar efetividade à sentença condenatória prolatada, eram alguns dos diversos pontos mencionados como causadores de lentidão processual.

Essa culpa não pode ser atribuída apenas à legislação, principalmente após as reformas do CPC que permitiram dar maior a eficácia ao provimento jurisdicional.

Claro que algumas alterações ainda estão por vir, mas as já perpetradas são de suma importância para a efetividade processual.

José Rogério Cruz e Tucci aponta três grupos de fatores que seriam responsáveis pela lentidão dos processos judiciais. São fatores institucionais, fatores de ordem técnica e fatores derivados de insuficiência material⁶⁷.

Para o citado autor, os fatores institucionais estão relacionados com o desinteresse dos Poderes Legislativo e Executivo em promover a agilização da justiça.

Apenas as controvérsias que colocam em jogo o interesse político e econômico das classes dominantes é que receberam atenção especial do Poder Legislativo, com a elaboração de leis prevendo procedimentos especiais para a agilização da demanda. São os procedimentos especiais previstos do CPC ou em leis extravagantes.

Kazuo Watanabe chegou a utilizar a expressão *litigiosidade contida* para traduzir o sentimento de angústia e insatisfação causadas à sociedade em razão da decepção com o Poder Judiciário e da demora dos procedimentos ordinários⁶⁸.

Outro fator que contribui para a demora da conclusão do processo seria de ordem técnica e subjetiva.

Em primeiro lugar, as sentenças monocráticas são desprestigiadas na medida em que, muitas vezes, não têm exequibilidade imediata. Essa situação era ainda um pouco pior antes do advento da recente Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005, que facilitou a execução forçada, incluindo-a no mesmo processo de conhecimento, não sendo mais necessário o ajuizamento de um novo processo para a obtenção do bem da vida.

Por outro lado, o juiz, ante a enorme quantidade de trabalho a que estão submetidos, não tem tempo para o aperfeiçoamento intelectual e cultural.

Ademais, ressalte-se a displicência quanto ao cumprimento dos prazos pelos juízes e auxiliares da justiça. Enquanto as partes são obrigadas a cumprir seus prazos sob pena

⁶⁷ TUCCI (1997), *op. cit.* p. 99.

⁶⁸ WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado especial de Pequenas Causas. *In Juizado Especial de Pequenas Causas* (obra coletiva). São Paulo: RT. 1985, p. 02.

de não terem seus direitos conservados, os juizes e auxiliares da justiça não são obrigados ao cumprimento dos seus.

Além disso, existem juizes descomprometidos com a sua nobre função de julgar e se acomodam, não cumprindo a carga horária determinada ou desmarcando audiências por motivos inconsistentes.

Não se pode esquecer que no nosso ordenamento jurídico há a proibição do *non liquet*, ou seja, o juiz não pode se negar a julgar a causa. No entanto, o comodismo e a falta de compromisso de alguns juizes acabam fazendo com que algumas causas nunca sejam julgadas, pois o julgamento é tantas vezes retardado que as partes acabam perdendo o interesse no feito. Amparam-se, para isso, na visão de que uma postura mais ativa do juiz comprometeria a sua imparcialidade, devendo o mesmo permanecer como um espectador da demanda que se desenrolava a sua frente sem uma ingerência que evitasse retardos indevidos do processo.

Ainda se pode mencionar como causadores da lentidão do processo judicial fatores de natureza material.

Esses fatores são verificados pelas precárias instalações onde funcionam os órgãos do Poder Judiciário, principalmente nos Estados menos favorecidos e no interior. Nas capitais, esse fator vem melhorando com o passar do tempo, mas ainda se está longe de ter instalações adequadas à prestação do serviço judiciário. Muitas vezes casas são adaptadas para funcionarem como fóruns, sem qualquer cuidado com sinalização, ou mesmo com a acomodação de seus jurisdicionados.

Por outro lado, filas intermináveis nos corredores dos fóruns sugerem que a quantidade de varas existentes não é suficiente para a demanda atual. Com a promulgação da Carta Política de 1988, cresceu o número de demandas, principalmente em razão da disseminação da noção de cidadania, mas o Poder Judiciário não estava (e ainda não está) adaptado eficazmente para atender a essa demanda crescente.

Tudo isso que se acabou de mencionar são causas que se pode elencar como determinantes para a lentidão dos processos judiciais e, em última análise, para o desprestígio da justiça.

2.5 Conseqüências da demora na prestação jurisdicional

É tarefa bastante árdua delimitar quais são os males causados pela demora na prestação da tutela jurisdicional. Pode-se dizer, contudo, que tais males causam prejuízos de ordem endoprocessual e extraprocessual.

Já ficou evidenciado que a demora na prestação da tutela jurisdicional vulnera o direito fundamental da parte de ter a tutela prestada em tempo razoável. Já o Poder Judiciário sai com sua imagem desprestigiada pela excessiva demora de um processo judicial.

Por outro lado, a lentidão do processo judicial propicia a desigualdade social. Isso porque o pobre tem menor poder de resistência do que o rico, não podendo suportar por muito tempo a demora do julgamento de sua causa. A esse respeito, Cappelletti diz que “um processo longo beneficia, em última análise a parte rica em detrimento da parte desafortunada”⁶⁹.

Por esse motivo, os institutos não jurisdicionais de solução dos conflitos, como a arbitragem, ganham força e, de outro lado, vários acordos são realizados, ainda que uma das partes saia extremamente prejudicada. Pois, “mais vale um mau acordo que uma boa demanda”, diz o dito popular.

Além disso, a espera por uma decisão que se protraí indefinidamente no tempo gera um mal de ordem psicológica para as partes, e, por vezes, pode traduzir-se em prejuízo material.

Em razão desse fato é que já se menciona a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado pela prestação do serviço jurisdicional de forma defeituosa. Casos existem na Corte Européia de Direitos do Homem em que se reconheceu o direito a um processo de duração razoável e impôs-se condenações a vários países⁷⁰.

Outra conseqüência já prevista no Código de Processo Civil para tentar inibir a demora na prestação da tutela jurisdicional é a norma contida no art. 198, segundo a qual qualquer das partes ou mesmo o ministério público pode representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos. Nesses casos, distribuída a representação ao órgão competente, será instaurado procedimento administrativo para a apuração da responsabilidade. O relator, dependendo do caso, poderá avocar o processo com excesso de prazo. Acredita-se que a parte final do dispositivo não foi recepcionada pela

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Il processo come fenômeno sociale di massa. *In Giustizia e società*. Milano: Comunità. 1977, p. 227.

Constituição da República de 1988, pois afronta o princípio do juiz natural. Por outro lado, a parte inicial da norma não afronta a Constituição. No entanto, tal norma é do conhecimento de poucos e, por isso, é pouco aplicada.

Outras conseqüências da demora na prestação da tutela jurisdicional são de natureza socioeconômica.

A exagerada demora do processo causa danos sociais, pois provoca danos à economia, principalmente por imobilizar bens e capitais, o que favorece a especulação e a insolvência.

Por outro lado, qualquer modificação no *status quo* que uma decisão judicial imponha pode vir acompanhada da possibilidade de gerar um impacto político, uma vez que poderá afetar o equilíbrio do poder e causar uma perturbação à estabilidade política e econômica.

Assim, a ineficácia da justiça prejudica o desempenho econômico do país, pois, de um lado, aumenta a incerteza e os custos da transação, comprometendo a eficiência da economia e, por outro, a falta de proteção rápida dos contratos faz com que muitas decisões empresariais não sejam tomadas ou sejam tomadas de forma distorcida, deixando-se de aproveitar oportunidades de negócio e de investimento no país⁷¹.

Percebe-se que, também para o bem da economia, é importantíssimo que o processo seja célere, eliminando as angústias e as incertezas que uma decisão retardada pode causar.

2.5 Melhor forma de diminuir os prejuízos gerados pela demora no processo e de distribuir o ônus do tempo no processo

Feitas essas considerações pode-se perguntar o que se poderia fazer para lutar contra o prejuízo advindo da excessiva demora de um processo jurisdicional.

O desafio dos processualistas da atualidade está em aprimorar o sistema processual visando encontrar o equilíbrio entre a técnica da tutela efetiva e as garantias processuais.

⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Dano moral decorrente da excessiva duração do processo *In Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 93.

⁷¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Judicial system performance and economic development*. Rio de Janeiro: BNDES. 1996, p. 20.

Como já visto, o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Dessa forma, existem mecanismos que buscam evitar ou, pelo menos, minimizar os nefastos efeitos produzidos por uma tutela tardia.

José Rogério Cruz e Tucci classifica tais mecanismos da seguinte forma: a) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana; b) mecanismos de aceleração do processo e c) mecanismos jurisdicionais de controle externo da lentidão⁷².

Os mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana são as normas existentes na maioria dos sistemas jurídicos, que prevêm o dever de lealdade, veracidade e cooperação entre as partes, sob a fiscalização do juiz, que deverá ter uma postura ativa no curso do processo.

Dessa forma, várias sanções podem ser impostas com o intuito de evitar o atraso da prestação da tutela jurisdicional. É certo que não é fácil perceber quando a parte está apenas exercendo o seu direito de defesa ou está agindo de forma maliciosa. Porém, com a moderna postura que o juiz teve de assumir diante do processo, mais ativa, ele está dotado das condições para reprimir esse tipo de conduta desidiosa das partes.

Algumas das sanções que podem ser impostas pelos juízes às partes são as encontradas nos art. 18, em casos de litigância de má-fé; no art. 196, quando os autos não forem devolvidos no momento oportuno; no art. 538, parágrafo único, quando os embargos de declaração são manifestamente protelatórios, dentre outras.

Os mecanismos de aceleração processual decorrem de normas existentes capazes de reduzir o tempo do processo.

Em princípio, seria uma combinação entre os princípios da preclusão, da eventualidade e da concentração, que já são responsáveis por enorme economia de tempo no processo.

Porém, uma das mais importantes técnicas processuais existentes para a diminuição do tempo do processo, com garantia de sua efetividade, é a tutela sumária. Proto Pisani esclarece que são três os motivos que justificam a adoção da tutela sumária, a saber: a) evitar o processo de conhecimento pleno quando este presumivelmente não se justifica, como nos casos de execução de títulos extrajudiciais; b) assegurar a efetividade da tutela jurisdicional nos casos em que a espera pelo processo de cognição exauriente resulte em dano à parte de difícil reparação; são os casos de tutela antecipatória cautelar e não cautelar e c) para evitar o abuso do direito de defesa pelo réu⁷³.

⁷² TUCCI (1997), *op. cit.* p. 123

⁷³ PISANI, Proto *apud* TUCCI (1997), *op. cit.* p. 126.

No sistema processual pátrio, o maior exemplo dessa técnica de aceleração do processo é a antecipação dos efeitos da tutela consagrada para os processos de conhecimento em geral, conforme o disposto no art. 273 do CPC com redação dada pela Lei nº. 8.952/94.

Apesar dessa possibilidade já ser prevista em nosso ordenamento jurídico antes mesmo da Lei nº 8.952/94, como nos casos das ações possessórias, apenas em 1994 é que essa possibilidade foi generalizada para qualquer processo desde que presentes os requisitos específicos.

Até então a medida cautelar vinha sendo usada de forma anômala, com natureza satisfativa, para garantir a efetividade da tutela, principalmente em casos de urgência.

Também o art. 461 do CPC, com a introdução da tutela específica, é considerado como grande avanço para garantia da efetividade da tutela jurisdicional.

Como já mencionado, diversas reformas legislativas estão sendo empreendidas com o intuito de diminuir a duração do processo ou, pelo menos, de resguardar a efetividade da tutela jurisdicional.

Segundo Fredie Didier Jr.⁷⁴ o que está havendo por parte do legislativo é a aplicação do princípio da adequação do procedimento por meio da aplicação de três critérios distintos⁷⁵.

O primeiro levaria em conta a natureza do direito material, exigindo que o procedimento adotado torne a tutela jurisdicional mais efetiva, como, por exemplo, as ações possessórias e as ações de alimentos provisionais.

O segundo considera a forma como o direito material se apresenta no processo, por vezes líquido e certo, ensejando a impetração de mandado de segurança, como também pode se apresentar de forma defeituosa, capaz de ensejar o ajuizamento de ação monitória.

Por fim, há o critério que pressupõe a situação processual de urgência. São os casos em que se admite a aplicação da tutela antecipada genérica, prevista no art. 273 do CPC.

Além das formas de aceleração do processo, ou melhor, de garantia de efetividade da tutela jurisdicional acima mencionadas, pode-se acrescentar o incremento das ações coletivas. Isso ocorre porque o ajuizamento de uma demanda de forma coletiva evita a propositura de diversas demandas idênticas individuais. Com efeito, é sabido que uma demanda coletiva tarda um pouco mais, pois a instrução é mais complexa e vários incidentes

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002. p.32-40.

podem surgir no seu curso. Contudo, ainda assim ela é considerada importante instrumento para redução do tempo de duração do processo, pois diminui o congestionamento dos tribunais.

Finalmente, existem os mecanismos externos de controle da lentidão do processo. Os membros do Poder Judiciário durante anos indicaram a enorme carga de trabalho a que estão sujeitos como causa para o retardo do processo. No entanto, apesar de se reconhecer que carga de trabalho é realmente enorme, há aqueles que se escondem por traz dessa escusa como forma de justificar retardos indevidos no processo.

No intuito de evitar as indevidas dilações no processo, existem mecanismos de fiscalização da atuação jurisdicional. Essa fiscalização pode ser feita por órgão integrante do Poder Judiciário, pela atuação das corregedorias, ou por órgão externo a este poder. Desde 2004, com advento da Emenda Constitucional n. 45, foi criado órgão de controle externo da atuação do Poder Judiciário. Trata-se do Conselho Nacional de Justiça, composto por 15 membros, dentre eles magistrados, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos. Esse órgão foi criado principalmente para fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

A partir do capítulo que se segue tratar-se-á apenas de um dos mecanismos de garantia da efetividade mencionados, qual seja, a tutela de cognição sumária, com ênfase na tutela antecipatória, por razão da sua importância e pertinência com o tema em estudo.

⁷⁵ Mais sobre o assunto consultar DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Gênesis – Revista do Direito Processual Civil 21. Curitiba: Gênesis, julho/setembro de 2001.

SEGUNDA PARTE

3 TUTELAS DE URGÊNCIA

A tutela antecipatória, ao lado da tutela cautelar, é espécie do gênero tutelas de urgência. Como se pretende, no presente trabalho, tratar da tutela antecipatória, mormente da possibilidade de sua concessão em face da sua postulação implícita, acredita-se importante e, até mesmo indispensável, dedicar-se uma parte desse estudo às diferenças e semelhanças existentes entre essas duas espécies e à possibilidade de aplicação da fungibilidade entre as mencionadas tutelas de urgência.

A tutela cautelar durante muito tempo fez as vezes da tutela antecipada. Os advogados acostumaram-se em usar as medidas cautelares inominadas para a salvaguarda de interesses de natureza satisfativa, nos casos em que as partes não podiam aguardar o grande tempo que as ações ordinárias exigiam para a efetivação de seus direitos.

Este fenômeno fez com que muitos operadores do direito confundissem o que realmente se tratava de tutela cautelar e o que era o seu uso de forma anômala.

Também a previsão no ordenamento jurídico pátrio de medidas cautelares de caráter nitidamente satisfativo, como nos casos de alimentos provisionais, fizeram com que muita confusão fosse gerada a partir desses conceitos.

Recentemente, a alteração do Código de Processo Civil dada pela Lei nº 10.444/2002, prevê expressamente a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade entre a tutela cautelar e antecipatória, o que, apesar de seu inegável avanço, também é motivo de perplexidade para os operadores jurídicos, pois, de certa forma, equipara dois institutos distintos colocando-os em pé de igualdade.

Assim, entende-se necessário discorrer um pouco sobre a tutela cautelar e antecipatória, trazendo suas semelhanças e suas diferenças essenciais, de forma a deixar mais clara a exposição em capítulos futuros.

3.1 Antecedentes históricos das tutelas de urgência

As tutelas de urgência têm sua origem no Direito Romano, principalmente nos interditos. Havia dois sistemas existentes no Direito Romano. Um com contraditório pleno e com uma atividade de cognição privada. Nesse sistema, não era possível a expedição de

ordem de modo a determinar a conduta de alguém. Já no outro sistema existente, a cognição era sumária por meio dos fatos narrados pelo autor e era possível a expedição de ordem liminar⁷⁶.

Os interditos romanos eram uma manifestação do poder de *imperium* dos pretores no período clássico e consistiam em uma imposição de uma conduta a uma pessoa a requerimento de outrem. Tinha como característica fundamental a celeridade e a sumariedade e não se limitavam às questões possessórias, sendo instrumento hábil para resolução de diversos problemas sociais⁷⁷. Os pretores poderiam se utilizar dos interditos típicos, mas poderiam também criar espécies novas que melhor se adequassem ao caso posto a sua frente. Em razão dessa possibilidade criativa dos pretores em relação aos interditos é que se diz que eles são a origem do poder geral de cautela dos juízes⁷⁸.

João Batista Lopes⁷⁹ conseguiu traçar as principais características mencionadas pelos autores de Direito Romano em relação aos interditos da seguinte forma: i) o caráter de política administrativa; ii) condicionais, pois estavam condicionadas a um exame mais profundo dos fatos em caso de descumprimento em vistas de verificar a sua subsistência; iii) caráter provisório, pois poderiam ser revogados.

Os interditos romanos podem ser classificados em *exibitórios*, *proibitórios* e *restituítorios*. Os exibitórios consistem na ordem para apresentação de alguma coisa. Os proibitórios, por sua vez, representam uma ordem para abster-se de fazer algo, ou seja, uma ordem de não-fazer. Já os restituítorios determinam a restituição de algo⁸⁰.

Além dos interditos, os romanos também dispunham da *actio* utilizada para as relações de direito obrigacional especialmente versando sobre indenização e, portanto, não admitiam execução específica⁸¹.

Além dos interditos, pode-se citar as *addictus*, *nexus* e as *pignoris capio* contidas na Lei de XII Tábuas, como antecedentes históricos das tutelas de urgência hoje conhecidas⁸². A primeira consistia em restringir a liberdade de locomoção do devedor para obrigá-lo a saldar suas dívidas. Caso ainda assim a dívida não fosse saldada, poderia a medida ser convertida e o devedor poderia ser morto ou vendido como escravo. A segunda consistia

⁷⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Vol. 8. p. 77.

⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

⁷⁸ LACERDA, *op. cit.* p. 77.

⁷⁹ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44.

⁸⁰ LACERDA, *op. cit.*, p. 78.

⁸¹ BEDAQUE, *op. cit.* p. 30.

⁸² LOPES, *op. cit.* p. 45.

no pagamento da dívida por intermédio da prestação de serviços pelo devedor que deveria se apresentar para tal de forma espontânea. A última delas fundava-se na apreensão das coisas do devedor para saldar a dívida, sem necessidade de ordem judicial para tanto.

Com o passar dos anos, as formas sumárias dos interditos foram aplicados a diversos países como a Espanha, a França, a Itália e a Alemanha. Nesse último país, as *inhibitiones* guardavam grande semelhança com os interditos dos romanos⁸³.

3.2 Breve estudo de direito comparado em relação às tutelas de urgência

Em quase todos os ordenamentos jurídicos são encontrados institutos que têm por finalidade resguardar o direito subjetivo da parte em face da excessiva demora do procedimento de cognição exauriente. Todos são dotados das mesmas características essenciais, a saber: provisoriedade, sumariedade e instrumentalidade. Porém, com grandes diferenças terminológicas.

Pode-se dizer que existem atualmente dois tipos de sistema no Direito Comparado em relação às tutelas de urgência. Em um deles não há previsão de medidas cautelares específicas e sim de um amplo poder geral de cautela do juiz, que deverá adequar as providências a situações reais. São basicamente os países de orientação anglo-saxônica filiados a *common law*⁸⁴. Já nos países cujo sistema é o da *civil law*, como o Brasil, há uma tendência de tipificação das medidas cautelares, apesar de existir em paralelo o poder geral de cautela dos juízes.

Conforme já se tratou anteriormente, o poder geral de cautela dos norte-americanos está fundado no *contemp of court*, que permite que sejam adotados pelo juiz todos os meios para afastar o óbice criado à atuação jurisdicional, evitando a procrastinação de seu cumprimento⁸⁵.

Ao lado do poder geral de cautela, os norte-americanos também dispõem das *injunctions*, consistentes em ordens ou proibições para evitar danos irreparáveis ou preservar as modificações de *status quo* irreversíveis⁸⁶. Trata-se, portanto, de uma medida de caráter nitidamente cautelar, na proporção em que visa garantir a efetividade do processo em situações específicas.

⁸³ LACERDA, *op. cit.* p. 79.

⁸⁴ Adotam esse sistema a Inglaterra e Estados Unidos.

⁸⁵ Para Galeno Lacerda o *contemp of court* não constitui procedimento cautelar, pois não tem caráter preventivo, mas repressivo em face do desrespeito a decisões emanadas pelo Poder Judiciário. (LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Vol. 8. p. 82.)

As *injunctio*s podem ser concedidas no início do processo (*preliminar*) ou ao final do processo (*perpetual injunctio*). Também podem significar uma ordem de fazer ou de abster-se de fazer (não-fazer)⁸⁷.

Nesse sistema, é importante ressaltar que a provisoriedade é a característica fundamental para identificar as medidas de natureza cautelar, sendo insuficiente o caráter conservativo da medida para distingui-las das medidas de caráter definitivo⁸⁸.

A Alemanha é um dos países que apenas disciplinam o poder geral de cautela, não havendo distinção clara entre a tutela cautelar *lato sensu* e a tutela sumária não cautelar. Ali, inclusive, não é imprescindível a existência de uma tutela de cognição exauriente, podendo a tutela sumária transformar-se em solução definitiva para o caso⁸⁹.

Já no sistema francês, assim como no brasileiro, existe a previsão genérica do poder geral de cautela dos juízes em situações não tipificadas e, em paralelo, a tipificação de diversas medidas cautelares específicas. Na França, existem dois institutos de grande importância prática para atuação em situações urgentes; são elas as *ordonnances sur requête* e as *refere*, que podem atuar preventivamente ou incidentalmente⁹⁰.

No direito italiano existe divergência quanto à existência de previsão legal do poder geral de cautela, tendo havido uma ampliação da interpretação do dispositivo em questão para amparar também a tutela antecipada com caráter satisfativo, por razões práticas⁹¹.

No direito português, chama atenção o fato de a tutela antecipada ter sido disciplinada como uma espécie da tutela cautelar, apesar das críticas dos doutrinadores lusitanos⁹².

Como se verá adiante, no Brasil existe a figura autônoma da tutela antecipatória dotada de provisoriedade e satisfatividade, aplicável de maneira geral a todas as ações no processo de conhecimento, desde que atendidos os seus requisitos.

3.3 Tutela cautelar e Tutela antecipatória

⁸⁶ MONTESANO, Luigi, *apud* LOPES, *op. cit.* p. 46.

⁸⁷ LACERDA, *op. cit.* p. 81.

⁸⁸ BED.AQUE, *op. cit.* p. 59

⁸⁹ *Ibid*, p. 40

⁹⁰ *Ibid*, p. 40.

⁹¹ LOPES, *op. cit.* p. 47.

⁹² SILVA, Carlos Manuel Ferreira da, *apud* BEDAQUE, *op. cit.* p. 42.

A tutela de conhecimento, de cognição exauriente, pretende a formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação. Já na tutela de execução, a atuação é feita de forma para que a norma concreta seja respeitada. Ambas têm em comum o fato de pretenderem preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado⁹³.

Em contraposição a estas duas tutelas, está a tutela cautelar, cuja finalidade consiste apenas em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática das providências, sejam cognitivas, sejam executivas. Em outras palavras, tem a tutela cautelar uma função meramente instrumental em relação a ambas as tutelas mencionadas.

A necessidade de uma tutela cautelar resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que se vê a ordem jurídica posta em perigo de tal forma que o aguardo do emprego das formas de tutelas existentes provavelmente não se revelaria eficaz.

Em decorrência dessas possibilidades explica-se o caráter urgente das providências cautelares, incompatível com a investigação dos fatos de forma exauriente. Tal investigação é feita de acordo com um juízo de probabilidade acerca da existência do direito alegado.

3.3.1 Características da tutela cautelar

Pelos dados trazidos acima, verifica-se que a tutela cautelar tem natureza meramente subsidiária e auxiliar, de forma que não busca a composição do litígio, mas apenas a garantia do direito a um resultado eficaz no processo principal.

Para atender a essa função, a tutela cautelar possui as seguintes características peculiares:

1) instrumentalidade – significa dizer que a tutela cautelar não tem um fim em si mesmo, sendo apenas um meio para que se efetive a prestação jurisdicional útil.

2) Provisoriedade⁹⁴ – significa que a tutela cautelar é provisória, tendo o seu termo final a prestação da tutela definitiva, por meio de processo principal de cognição

⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 301.

⁹⁴ A provisoriedade deve ser entendida aqui no sentido de temporariedade que adiante será explicado.

exauriente, ou na perda do prazo para interposição da ação principal, nos casos de tutela cautelar de natureza preventiva ou preparatória.

Por fim, 3) revogabilidade – indica que a tutela cautelar não estabiliza a situação entre as partes porque não faz coisa julgada material; não decidindo o mérito da lide, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo juiz.

3.3.2 Requisitos para a concessão da tutela cautelar

Para a concessão da tutela cautelar, existem dois requisitos específicos, resumidos nos seguintes brocardos latinos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* compreende a probabilidade do direito material alegado existir realmente. Traduz-se pela fumaça do bom direito. Não se trata de juízo de certeza, pois, em se tratando de tutela cautelar, está-se tratando de juízo de cognição sumária. É preciso, todavia, que reste claro que o autor da cautelar tem direito ao processo de mérito, com grandes chances de provimento favorável.

Na prática, o *fumus boni iuris* só não existe quando a pretensão do autor configurar caso de inépcia da inicial.

Já o *periculum in mora* consubstancia-se na possibilidade de haver ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, antes do julgamento da lide no processo principal, de modo que cause risco de ineficácia da futura tutela jurisdicional.

3.3.3. Semelhanças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória

Dentre as suas diversas características, a tutela cautelar e a tutela antecipatória têm em comum as seguintes: provisoriedade, sumariedade, modificabilidade e revogabilidade, preventividade e reversibilidade. Tratar-se-á de cada um deles.

Tendo em vista que os provimentos jurisdicionais dependem de uma medida que tenha caráter definitivo, ambas as tutelas, cautelar e antecipatória, trazem em si a nota da provisoriedade. Os provimentos amparados no juízo de probabilidade não têm o condão de regular definitivamente a relação controvertida, razão pela qual terão sua eficácia limitada à

superveniência de um provimento final de caráter definitivo e/ou satisfativo, bem como à alteração do estado de fato ou do estado probatório que torne desnecessária a medida.

Nesse ponto, vale trazer a distinção entre provisoriedade e temporariedade feita pelos doutrinadores italianos⁹⁵.

A provisoriedade pode ser entendida em seu sentido amplo, compreendendo a temporariedade e a precariedade. A tutela é provisória porque é temporária, ou seja, é limitada no tempo. É precária na medida em que pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo.

Calamandrei⁹⁶ faz esta distinção, que é de grande valia para diferenciar a tutela antecipatória da tutela cautelar. A tutela antecipatória é provisória porque se destina a durar até que sobrevenha a tutela definitiva satisfativa, que a sucederá produzindo os mesmos efeitos. Já a tutela cautelar é provisória porque se destina a ter eficácia limitada no tempo, porém, não será sucedida por medida de igual natureza⁹⁷.

Não obstante essa diferenciação, coloca-se a provisoriedade como semelhança entre as duas formas de tutelas de urgência mencionadas, na medida em que ambas têm eficácia temporal limitada.

Para que se entenda a temporariedade, deve-se ter em conta a relação da tutela provisória com a tutela definitiva. O marco delineador da tutela antecipatória e cautelar é a duração do processo no qual se busca a correspondente tutela definitiva.

O limite temporal será, portanto, o tempo necessário para afastar ou superar os obstáculos opostos ao atendimento da efetividade processual ou à alteração no estado de fato que faça desaparecer o obstáculo ou a urgência, bem como à alteração do estado probatório.

Já a sumariedade é a abreviação do procedimento para deferimento da providência jurisdicional reclamada. A sumariedade também é característica do tipo de cognição existente nestes tipos de tutela. Assim, como ambas as tutelas, cautelar e antecipatória, são fundadas em juízo de probabilidade e, portanto, em cognição sumária, ambas tem em comum a sumariedade.

⁹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. p. 36.

⁹⁶ CALAMADREI, *op. cit.* p. 37.

⁹⁷ Segundo os ensinamentos de Calamandrei, para quem o sentido de provisoriedade é mais rígido, apenas a tutela antecipatória seria provisória, na medida em que é provisório aquilo que está destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo, enquanto o temporário é simplesmente o que não dura para sempre, independentemente de que sobrevenha outro evento. (CALAMADREI, Piero. *op. cit.* p. 36.)

Também a modificabilidade e a revogabilidade (também chamada de precariedade como visto acima) dos provimentos são características comuns a essas duas espécies de tutela. De acordo com os arts. 807 e 273, §4º do CPC, é plenamente possível a revogação da tutela cautelar e antecipatória, respectivamente, a depender da modificação da situação fática que embasou a decisão ensejadora do deferimento da tutela.

Outra característica comum às tutelas cautelares e antecipatórias é a preventividade. Essa característica deve ser entendida de forma que as providências devem ser adotadas a fim de prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, em decorrência de determinadas situações fáticas⁹⁸.

Finalmente, acrescente-se a reversibilidade como característica comum às tutelas cautelares e antecipatórias. No caso, trata-se de reversibilidade fática, pois a reversibilidade jurídica sempre será viável, por meio dos recursos. De acordo com essa característica, a princípio, apenas será concedida uma tutela antecipatória ou tutela cautelar quando haja a possibilidade de reposição do *status quo ante*⁹⁹.

Ovídio A. Baptista da Silva¹⁰⁰ defende que na tutela cautelar, como a sua duração deve coincidir com o estado de perigo existe uma exigência de que ela não crie uma situação definitiva, ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis. Já a tutela antecipatória, enquanto antecipa os efeitos da procedência, pode trazer conseqüências práticas definitivas e imodificáveis, como, por exemplo, nos casos de alimentos provisionais, medida tipicamente de natureza satisfativa e, portanto, a liminar concedida consiste, em verdade, em antecipação dos efeitos da tutela.

3.3.4. Diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória

⁹⁸ Essa característica, assim como a sumariiedade, só é encontrada na tutela antecipada na sua espécie tutela de urgência e não na tutela de evidência, que pretende sancionar o uso indevido do processo.

⁹⁹ A esse respeito vale lembrar que há casos em que não há a possibilidade de reversão e, mesmo assim, a tutela antecipatória é concedida. Nestes casos, pondera-se a aplicação da norma da reversibilidade em razão da proteção de um outro direito, considerado mais relevante. Por exemplo, pode-se lembrar os casos de concessão de tutela antecipatória para realização de cirurgia que salve a vida do paciente. Dá-se prioridade ao direito à vida em conflito com o princípio da segurança jurídica.

¹⁰⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1996. Vol. III p. 43

Feitas as considerações acerca das semelhanças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, cabe, neste momento, traçar as diferenças existentes entre essas duas espécies de tutela.

A primeira distinção diz respeito aos requisitos necessários ao deferimento da tutela cautelar e da tutela antecipada. A lei é mais severa em relação à tutela antecipatória, sendo necessário ao seu deferimento o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou o “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” – art. 273 do CPC. Adicionado a isso se faz necessária à existência de prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação, além da análise da irreversibilidade do provimento.

A tutela cautelar, por sua vez, exige apenas a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Numa primeira análise, poder-se-ia efetivamente acreditar que são requisitos bastante distintos, mas, numa análise mais acurada, observa-se que o *periculum in mora* da tutela cautelar muito se assemelha ao “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e o *fumus boni iuris* traduz-se apenas num juízo de probabilidade da existência do direito, ao passo que a verossimilhança da alegação traz um juízo de probabilidade mais acentuado. Em outras palavras, na tutela cautelar existe apenas a fumaça do bom direito, enquanto na tutela antecipatória o direito está em chamas.

A linha divisória que afasta essas duas características é muito tênue, sendo certo que, na prática, muitos operadores do direito não sabem como diferenciá-la.

Já no que diz respeito à concessão da tutela antecipatória com fundamento no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, vê-se melhor a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. É que alguns doutrinadores entendem ser inconcebível o deferimento da tutela cautelar com fulcro na má conduta processual ou na litigância de má-fé, sendo esses fatos passíveis de outras sanções¹⁰¹. Todavia, no caso da tutela antecipada, o manifesto propósito protelatório do réu ou o abuso do direito de defesa pode ensejar o deferimento tutela antecipatória.

Além das distinções trazidas acima, deve-se lembrar que a tutela cautelar está sempre ligada a um processo principal. Já a tutela antecipatória não depende de outro

¹⁰¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC, na redação conferida pela Lei federal n. 8.952, de 13-12-1994. *In Reforma do Código de Processo Civil*. TEIXEIRA. Sálvio de Figueredo (Org.). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 175-176.

processo para sua existência, vez que pode ser deferida no próprio processo em que foi requerida, e nele será executada.

Ademais, existem aqueles que acreditam que para o deferimento da tutela antecipatória faz-se necessário, em qualquer caso, o requerimento expresso da parte, não sendo esta a realidade da tutela cautelar. Conforme preceitua o art. 797 do CPC o juiz pode deferir a tutela cautelar *ex officio*.

No ponto de vista defendido nesse trabalho, o requerimento expresso da parte como requisito ao deferimento da tutela antecipatória é dispensável, de forma que não se pode falar em diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória nesse caso. Acredita-se ser possível a concessão da tutela antecipatória em face do requerimento estar implícito na inicial, em alguns casos, mormente quando se está diante da tutela de direitos de hipossuficientes.

A maior distinção existente entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória reside no fato de que a tutela cautelar tem por escopo assegurar a utilidade e efetividade de processo de tutela satisfativa, enquanto a tutela antecipatória tem por objetivo antecipar, de forma provisória, o direito material pleiteado pelo autor da ação.

Essa sim é a grande diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. A tutela cautelar tem conteúdo próprio, diverso da tutela definitiva. O seu objeto é dar garantias de certificação ou de execução para o objeto do processo. Na tutela antecipatória “coincidem a providência a ser ordenada pelo tribunal e a consequência resultante do direito material”¹⁰².

A necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva levou a uma utilização esdrúxula da tutela cautelar, destinado à satisfação urgente da pretensão que, a princípio apenas poderia ser satisfeita via ação ordinária ou ‘ação principal’.

Capri denominou o uso anômalo da tutela cautelar como *força expansiva da tutela cautelar*¹⁰³.

Assim, a tutela cautelar tem por finalidade assegurar a viabilidade da realização do direito. Caso isso não ocorra, o que se verifica é a realização do próprio direito, ainda que de forma provisória e fundada em juízo de probabilidades ou de cognição sumária; está-se diante de uma tutela de natureza satisfativa e não cautelar. Em outras palavras, quando o

¹⁰² BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1985. p. 50.

¹⁰³ CAPRI, Frederico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 47.

próprio direito é satisfeito nada está sendo assegurado e, portanto, não há direito a ser acautelado¹⁰⁴.

3.4 Fungibilidade recíproca entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória – via de mão dupla

Fungibilidade significa juridicamente substituir uma coisa por outra¹⁰⁵. É aceitar como correto instituto que foi erroneamente interposto pela parte.

A fungibilidade está inserta em nosso ordenamento jurídico como princípio geral do processo civil implícito. É ele corolário do princípio da instrumentalidade que decorre do princípio positivado constitucionalmente que garante o amplo acesso à justiça e a tutela efetiva.

A Lei nº 10.444/02 ao alterar o Código de Processo Civil acrescentando o §7º ao art. 273 positivou o princípio da fungibilidade no que tange às tutelas de urgência.

A partir daí a doutrina tem se dividido ao procurar se posicionar acerca do alcance do dispositivo legal mencionado.

A controvérsia gira em torno da possibilidade da fungibilidade ser ampla ou se apenas se restringe a uma via de mão única. Em outras palavras, parte da doutrina entende que o dispositivo legal inovador apenas serve para os casos em que deveria ter sido requerida a tutela cautelar e o requerimento formulado foi de tutela antecipatória, podendo o juiz deferir a tutela cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores. Já outra banda de doutrinadores entende que o dispositivo legal mencionado deve ser interpretado de forma mais ampla, sendo também possível o deferimento da tutela antecipatória se o requerimento tiver sido nomeado equivocadamente como tutela cautelar, ou seja, trata-se de uma via de mão dupla, desde que presentes os seus requisitos.

Filia-se a segunda corrente e se está bem acompanhado. Capitaneando a tese do “duplo sentido vetorial” está o Prof. Candido Rangel Dinamarco¹⁰⁶, por entender ser esta a

¹⁰⁴ Um exemplo é a ação cautelar de alimentos provisionais, pois, apesar de ser tipificada no nosso código de processo civil como uma medida de natureza cautelar, é, de fato, uma tutela de natureza satisfativa, sendo mais correto o seu pleito como antecipação dos efeitos da tutela de uma ação de vise à constituição e cobrança de alimentos.

¹⁰⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 336.

que mais se coaduna com a nova realidade do direito processual, tendente a não ser mais um fim em si mesmo, visando dar maior efetividade à jurisdição e ao direito que se pretende tutelar.

Os que entendem que a fungibilidade deve ser entendida de forma restritiva apóiam-se no fato de existir a fungibilidade de pedidos e não de procedimentos. Assim, apenas estaria autorizada a fungibilidade regressiva e não a fungibilidade progressiva, pois neste caso estar-se-ia autorizando a fungibilidade de procedimentos.

Esse fato ocorre porque, no Brasil, talvez em virtude da tardia positivação da tutela antecipatória genérica, além do erro geográfico cometido pelo legislador de localizar o instituto fora do livro reservado à disciplina geral das tutelas de urgência (Livro III), cumulada com o abuso no uso das chamadas “cautelares satisfativas”, a tutela antecipatória assumiu um *status* próprio, dissociado de sua origem, sendo considerada instituto totalmente estranho à tutela cautelar.

Todavia, não se pode esquecer que ambos os institutos, apesar de distintos, têm origem comum. A gênese destes tipos remonta ao direito italiano, em que ambos estão inseridos no poder geral de cautela do juiz. Não houve, na Europa, uma grande diferenciação entre as tutelas de urgência. Esse fato é explicado porque ambos os institutos têm por escopo eliminar o *periculum in mora*, que poderá afetar o processo pendente ou o direito material da parte.

Por outro lado, admitir a fungibilidade como uma via de mão dupla não significa que o livro referente ao processo cautelar teria sido revogado ou mesmo que o procedimento cautelar não teria mais utilidade.

Deve-se entender que é essencial à concessão da fungibilidade a existência do elemento **erro**, na escolha do instituto, fundado em dúvida real. Seriam os casos de situações limítrofes em que não se tem muita certeza acerca do instituto que se deva utilizar.

Portanto, havendo a parte formulado pedido de tutela antecipatória, sendo que em verdade o que se busca é um provimento de natureza cautelar, o julgador, ao constatar a existência dos requisitos inerentes às medidas cautelares, deve aplicar a fungibilidade e transformar o pedido da parte em medida cautelar no bojo do processo principal. Por outro lado, se é ajuizada ação cautelar inominada incidental, equivocadamente, porém, estando presentes os pressupostos autorizadores da concessão da tutela antecipada, pode o julgador,

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92.

desde que presente dúvida fundada acerca do instituto a ser utilizado, conceder a medida cautelar eficácia antecipatória, garantindo-se o resultado satisfativo.

Assim, acredita-se que o legislador autorizou, nos casos de dúvida, por intermédio do §7º do art. 273, a obtenção de uma tutela antecipatória dentro do procedimento cautelar e fora do procedimento comum, assim como albergou a hipótese de se obter uma tutela cautelar conservativa no procedimento comum.

Aceitar essa possibilidade é um passo importante em direção à obtenção de uma tutela jurisdicional mais efetiva, fugindo do rigor procedimental.

4 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

4.1 Evolução no direito brasileiro

Desde a redação do art. 675 do Código de Processo Civil de 1939, já existe a previsão legal no Brasil do poder geral de cautela do juiz, segundo a maior parte da doutrina¹⁰⁷. Contudo, a jurisprudência brasileira da época não se firmou nesse sentido, sendo pouco representativa a sua concessão com fulcro estritamente no poder geral de cautela em questão¹⁰⁸.

O Código de Processo Civil de 1973 admitiu, em seu artigo 798, o poder dos juízes de determinar medidas capazes de evitar a ocorrência de lesão grave ou difícil reparação, antes do julgamento final da lide. Parte da doutrina, todavia, não entendeu possível a aplicação de medidas de natureza satisfativa, por apego à tradição da medida cautelar.¹⁰⁹

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela foi generalizado para todos os processos de conhecimento em 1994, por meio da Lei nº 8.952/94, porém sua utilização não é novidade. Em diversas ações especiais, como nas possessórias, nos alimentos provisionais e nos mandados de segurança, as liminares deferidas têm caráter nitidamente satisfativo, não sendo mais que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Também no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu art. 213, §1º, já havia uma previsão da antecipação dos efeitos da tutela, bem como no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), art. 84, §3º e na Lei de Locação (Lei nº 8.245/91), art. 59, §1º.

As medidas cautelares foram também utilizadas de forma anômala (com caráter satisfativo), conhecidas como “ações cautelares satisfativas,”¹¹⁰ antes da nova redação dada ao art. 273 do CPC pela Lei nº 8.952/94, que possibilitou a aplicação da tutela antecipada para a generalidade dos processos de conhecimento.

Nesse ponto vale ressaltar a posição defendida por Marinoni, para quem há de distinguir-se satisfatividade de definitividade. A tutela de cognição sumária não prescinde do ajuizamento de ação principal, capaz de ensejar a cognição exauriente. Equivocadamente, a jurisprudência pátria confundiu os conceitos de satisfatividade com o de definitividade. A

¹⁰⁷ O professor Marinoni lembra que Liebman, em notas às *Instituições* de Chiovenda, entendeu que não estaria presente na legislação brasileira o poder acautelatório geral, porém foi opinião minoritária. MARINONI (2005), *op. cit.* p. 119.

¹⁰⁸ MARINONI (2005), *op. cit.* p. 119.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997. p. 186.

¹¹⁰ O professor Marinoni prefere chamar de ações sumárias satisfativas. MARINONI (2005), *op. cit.* p. 120.

tutela somente é definitiva quando a cognição é exauriente e, portanto, prescinde de ação principal. Já a tutela satisfativa, quando a cognição é sumária, importa sempre no ajuizamento de ação principal¹¹¹.

Com o advento da Lei nº 8.952/94, que deu nova redação aos artigos 273 e 461 do CPC, consagrou-se a tutela sumária satisfativa por intermédio da tutela antecipatória.

4.2 Conceito

O que é marcante na tutela antecipatória é justamente a antecipatoriedade dos efeitos pretendidos na tutela final.

O ilustre jurista italiano Giovanni Arieta leciona que a antecipatoriedade possui o significado de alcançar o mesmo fim com um certo provimento antes do outro¹¹².

Já Ferruccio Tommaseo esclarece que a anterioridade não deve ser compreendida apenas no sentido cronológico, pois se assim fosse qualquer decisão pronunciada no curso do processo seria antecipatória da decisão final¹¹³. A antecipação é, em verdade, uma técnica de sumarização consistente em apreciar o pedido da parte antes da sentença.

Levando em consideração que se deve entender que prestar uma tutela jurisdicional é um dever do Estado e que este dever deve ser exercido de forma efetiva na medida em que existe de um direito fundamental à obtenção de uma tutela efetiva - adequada e tempestiva – conforme preceitua o art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, ousa-se conceituar a antecipação de tutela como um instituto de direito processual com *status* de direito fundamental, realizada por meio de um juízo de cognição sumária, que visa (i) minimizar os efeitos que o longo tempo de tramitação do processo pode causar ao direito material da parte ou (ii) punir os abusos processuais cometidos por uma das partes, por intermédio da antecipação dos efeitos da decisão final, total ou parcialmente, com caráter satisfativo.

¹¹¹ MARINONI (2005), *op. cit.* p. 120.

¹¹² ARIETA, Giovanni. *I provved. imenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1985. p. 57.

¹¹³ TOMMASEO, Ferruccio. *I provved. imenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1983. p. 13.

4.3 Características

A tutela antecipatória, nos moldes em que está positivada no nosso Código de Processo Civil, pode ser subdividida em duas espécies, a saber: tutela antecipada-remédio e a tutela antecipada-sanção.

Há características que são comuns a ambas as espécies de antecipação mencionadas, quais sejam: a precariedade e a reversibilidade.

É precária porque é revogável ou modificável a qualquer tempo no curso do processo, bem como porque, proferida a sentença de mérito, esta se subsume à antecipação da tutela deferida (caso a sentença seja de procedência) ou os efeitos da tutela concedida serão por ela cassados (caso de improcedência).

A reversibilidade refere-se aos efeitos do provimento e não à decisão antecipatória em si, pois, como se acabou de ver, a antecipação dos efeitos da tutela poderá ser revogada a qualquer tempo, bem como poderá ser modificada pela via recursal.

A reversibilidade é o retorno à situação anteriormente existente antes da concessão da antecipação da tutela. Esse conceito, porém, deve ser tido de forma relativa, porque haverá casos em que não será possível o retorno ao estado anterior. No entanto, não será indeferida a antecipação dos efeitos da tutela apenas por esta razão.

Nesses casos, há um conflito entre princípios constitucionais: o da efetividade com acesso eficaz à justiça em face do princípio da necessidade de segurança jurídica.

Na solução desses conflitos, invoca-se o princípio da proporcionalidade, pelo qual “ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não indenizável, deve ponderar-se os valores em jogo e, em função dessa ponderação, eventualmente chegar-se a conceder a antecipação”¹¹⁴.

Maiores problemas não existem nos casos em que é possível a prestação de caução pela parte a quem aproveita a antecipação dos efeitos da tutela.

Além das características acima mencionadas, deve-se ressaltar a existência de outras que estão ligadas a apenas uma das espécies de antecipação.

Tratando-se da antecipação-remédio, tem-se como características próprias a essa espécie a urgência a sumariedade e a preventividade.

¹¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares. *In*._____(Org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997. p. 542.

Ao tratar o art. 273, inciso I da existência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, o CPC deixa clara a sua opção por uma tutela adequada à realização do direito material pleiteado, evitando os danos que podem ser gerados por um processo ordinário demorado.

Corolário da urgência mencionada é a característica da sumariedade. A tutela jurisdicional sumária deve ser utilizada naquelas ocasiões em que, com a finalidade de preservar a sua integridade, o Estado tutela com urgência o direito material invocado, pois a morosidade pode ocasionar-lhe um dano irreversível.

A sumariedade pode ser formal e material. A sumariedade formal é aquela pertinente ao processo adotado para antecipação dos efeitos da tutela. Já a sumariedade material diz respeito à cognição, pois se busca apenas o juízo de probabilidades e verossimilhança, deixando-se a análise do juízo de certeza para a cognição plena e exauriente, que terá lugar após o deferimento ou indeferimento da tutela antecipatória pleiteada.

Também a preventividade está relacionada com a urgência decorrente de haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. A tutela é concedida para prevenir o direito material que, em decorrência de situações fáticas ou mesmo da morosidade processual, reste ameaçado.

Já na antecipação-sanção, a característica própria é a conduta desidiosa de uma das partes tendente a tumultuar o andamento normal do processo.

4.4 Espécies

Como já se referiu, a antecipação dos efeitos da tutela pode ser concedida em face do perigo na demora ou em face do manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, temos as duas espécies da antecipação de tutela. A antecipação-remédio e a antecipação-sanção. A antecipação-remédio também é chamada de tutela de urgência, pois visa proteger um direito de sofrer uma lesão irreparável ou de difícil reparação. Já a antecipação-sanção, também conhecida como tutela de evidência, tem-se uma reação do Estado aos abusos praticados no curso do processo.

4.5 Requisitos para a sua concessão

A antecipação dos efeitos da tutela não pode ser admitida como regra, devendo estar presentes, portanto, os requisitos previstos na lei para que haja a antecipação. São eles: a

existência de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, alternativamente, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, todos previstos no art. 273 do CPC.

No que se refere à existência de prova inequívoca, cabe esclarecer o seu conceito.

“Prova inequívoca será aquela que apresente alto grau de convencimento, afastada qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável.”¹¹⁵ Assim, não se trata de prova absolutamente incontestável, como à primeira vista possa parecer, pois até a escritura pública, lavrada por notário e com todos os requisitos formais, pode ser passível de impugnação, como bem lembra o citado mestre.

Já a verossimilhança apenas “se configurará quando a prova apontar que a ‘probabilidade é muito grande’ de que sejam verdadeiras as alegações dos litigantes”.¹¹⁶

No que pertine à existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, vale esclarecer o conceito de receio.

O receio, no dizer de Carreira Alvim,

traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser fundado, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta da tutela dará ensejo a ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação¹¹⁷.

Caso o dano já tenha ocorrido, a antecipação dos efeitos da tutela fará com que este dano cesse, apagando ou minimizando os seus efeitos.

Por outro lado, o art. 273, II, criou a chamada “antecipação da tutela pura”¹¹⁸, porque está desvinculada da idéia de urgência e de dano, ligada apenas à evidência do bom direito aliado à falta de consistência na defesa, muitas vezes evadidas de má-fé, apresentada pela outra parte.

O manifesto propósito protelatório do demandado pode incluir a retirada com retenção dos autos por tempo demasiado, a prestação de informações errôneas e, inclusive, a interposição de recursos com base em normas já declaradas inconstitucionais perante o STF por entidades de direito público, dentre outras formas.

Nestes casos, o juiz, que tem o dever de velar pela rápida solução do litígio, conforme art. 125, II do CPC, deverá utilizar-se de meios que sancionem e inibam tais condutas, como a aplicação das medidas punitivas previstas nos arts. 14 a 18 do CPC.

¹¹⁵ ALVIM, J. E. Carreira. *CPC Reformado*. 2 ed. São Paulo: Del Rey, 1995. p. 115.

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR (1997), *op. cit.*, p. 24-25.

¹¹⁷ ALVIM, *op. cit.* p. 119.

¹¹⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. São Paulo: Forense, 2005. p. 34.

Entretanto, antecipação da tutela como sanção será ainda mais eficiente do que essas medidas, pois pune a conduta do demandado e torna a tutela jurisdicional mais efetiva.

A maioria da doutrina inclui com requisito para a antecipação o requerimento expresso da parte; porém não será feita esta inclusão, pois se acredita que o requerimento da parte pode estar implícito no pedido inicial, sendo possível à concessão da antecipação dos efeitos da tutela ainda que não expressamente consignado no requerimento, conforme se estudará no capítulo sétimo.

4.6 Antecipação de tutela em face de pedidos incontroversos

Da leitura do texto do art. 273 do CPC com a redação dada pela Lei nº 8.952/94, infere-se que apenas seria possível a concessão da tutela antecipatória em dois casos: quando houvesse perigo de dano ao direito material em litígio ou em casos de manifesto propósito protelatório do réu.

Com a introdução do §6º ao art. 273 do CPC feita pela Lei nº 10.444/2002, criou-se mais uma possibilidade de concessão da tutela antecipada, além das formas previstas no *caput* do mencionado artigo. Trata-se da antecipação de tutela em face da existência de pedidos incontroversos.

O pedido incontroverso é aquele sob o qual não recai qualquer impugnação da outra parte, não havendo qualquer controvérsia em relação ao mesmo. Nesse caso é, inclusive, autorizado o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330 do CPC¹¹⁹.

Ocorre que, havendo cumulação de pedidos e apenas um deles sendo considerado incontroverso, não poderá haver o julgamento antecipado da lide em razão do princípio da unidade de procedimento. Por outro lado, não seria justo o autor esperar todo o procedimento de cognição exauriente com o trânsito em julgado da sentença para se beneficiar de um pedido sob o qual não recai qualquer controvérsia.

Atento a essa realidade, o legislador reformista, por meio da Lei nº 10.444/2002, permitiu a concessão da antecipação de tutela nesses casos.

Questão que se impõe diz respeito à possibilidade de concessão da tutela antecipada nos casos em que há confissão por falta de impugnação específica, nos moldes do

¹¹⁹ Art. 330 do CPC “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorre a revelia.”

art. 302 do CPC, ou mesmo nos casos de confissão espontânea, prevista no art. 348 e 349 do CPC.

Acredita-se que é possível sim a antecipação de tutela com base no §6º do art. 273 também nesses casos. É que, fazendo-se uma interpretação teleológica do §6º do art. 273 do CPC, percebe-se que intenção do legislador foi evitar que o autor tivesse que esperar todo o trâmite processual para se beneficiar dos efeitos da tutela pretendida quando não há qualquer controvérsia em relação a um dos pedidos. O mesmo raciocínio pode ser feito no caso em análise. Havendo a confissão, seja ela espontânea ou não, não paira mais controvérsia alguma sob o pedido objeto da mesma. Assim, não há razão para não conceder a antecipação dos efeitos da tutela também nesses casos, a não ser um apego extremo à literalidade.

Essa concessão apenas não será possível em caso de haver nos autos prova que se contraponha à confissão ou mesmo à omissão na impugnação do pedido. É que, em nome do princípio da verdade real, o juiz não pode, simplesmente, fingir que a prova não existe nos autos para conceder a antecipação de tutela. Nesse caso, será mais justo que a antecipação da tutela seja negada, ainda que se trate de pedido incontroverso.

TERCEIRA PARTE

5 PEDIDO DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Em primeiro lugar vale ressaltar que o presente trabalho não pretende exaurir o tema relativo ao pedido, dada a sua complexidade e ligação com outros temas não menos importantes, como o que diz respeito à coisa julgada.

O que se pretende aqui é analisar o pedido, trazendo o seu conceito e as suas espécies, no intuito de demonstrar que o pedido implícito é figura diversa do pedido genérico e que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pode estar implícito na petição inicial.

É sabido que o pedido feito de forma genérica é vedado em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe o art. 286 do CPC, e que a interpretação do pedido deve dar-se de forma restritiva, nos moldes do art. 293¹²⁰ do mesmo diploma legal. Contudo, interpretar de forma restrita, não quer dizer de forma literal. A interpretação, como atividade imprescindível aos operadores do direito, deve ser feita à luz dos princípios informadores do novo Processo Civil, a saber: o princípio da instrumentalidade do processo, da efetividade da jurisdição, da celeridade, da cooperação e da economia processual. Não agir dessa forma é ignorar a premissa básica de que o Direito deve refletir uma realidade social e somente a atividade interpretativa é capaz de sanar distorções que o sistema pode insitamente trazer.

Por outro lado, a tradição jurídica é presa a sua literalidade, quando, em verdade, o que está dito em uma petição inicial vai além do que nela está escrito, cabendo aos operadores do direito o exercício hermenêutico e, por que não dizer lingüístico, de ler além das palavras escritas.

Assim, por intermédio do presente estudo, busca-se mostrar que a aceitação do pedido implícito de antecipação dos efeitos da tutela não significa admitir exceção à regra de que o “pedido deverá ser certo e determinado”¹²¹, muito menos seria ele contrário à legislação processual vigente. Com efeito, reconhecer a existência de um pedido implícito de tutela antecipada na petição inicial é ler além do expressamente dito, é fugir da literalidade, é dar efetividade ao direito.

¹²⁰ Art. 293 do CPC. “Os pedidos serão interpretados restritivamente compreendendo-se, entretanto, no principal os juro legais”.

¹²¹ Art. 286 do Código de Processo Civil

5.1 Breves noções sobre demanda, ação, pretensão e pedido.

O Direito, como um fenômeno científico que é, utiliza-se de termos técnicos cuja terminologia deve ser claramente delimitada para que não se dêem margens a dúvidas, como qualquer estudo que se pretenda científico. No caso do Direito, essa necessidade é ainda maior, uma vez que, por ser também um fenômeno social, as terminologias usadas no estudo científico do Direito também são utilizadas no cotidiano da sociedade civil.

5.2 Demanda e ação

O significado literário de demanda, que deriva do verbo demandar, pode ser encontrado nos Dicionários da Língua Portuguesa e corresponde a disputar, contender, reclamar, requerer etc.¹²².

Em Direito Processual, a demanda intitula um dos seus princípios básicos, segundo o qual quem quer fazer valer um direito deve propor a demanda ao juiz competente. Liebman explica que demanda “é o ato através do qual o processo se põe em movimento”¹²³. O ilustre mestre Cândido Rangel Dinamarco esclarece que o nosso Código emprega a palavra demanda para designar causa, pleito ou mesmo processo¹²⁴. Tal maneira de utilização desse vocábulo leva a que muitos confundam demanda com ação, coisas absolutamente distintas.

A demanda é a fórmula que traduz a iniciativa da parte em relação ao direito. Paraphraseando as palavras do processualista catalão Francisco Ramos Mendez¹²⁵ pode-se dizer que ter ação equivale a poder demandar, mas a ação (direito de agir) não se consuma apenas com a demanda, pois a ação se desenvolve ao longo de todo o processo. Assim, a demanda delimita o objeto do processo, com a narrativa dos fatos e dos fundamentos jurídicos em torno de uma determinada pretensão.

Entre os elementos que uma demanda deve ter está o pedido, tido este como objeto do processo, devendo ser compreendido nas suas duas dimensões: pedido imediato e pedido mediato. O pedido imediato é pedido direto consistente em uma declaração,

¹²² FERREIRA, *op. cit.* p. 619.

¹²³ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3 ed. Traduzido por Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. V. I. p. 34

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários feitos, durante a tradução, na obra LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. I. p. 35.

¹²⁵ MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I.5 ed. Barcelona: Maria Bosch editora, 1992. p. 416.

condenação, constituição. Já o pedido mediato corresponde ao bem da vida considerado em si mesmo. Retornar-se-á ao pedido mais adiante.

Dando prosseguimento, infere-se que a ação é um direito público subjetivo da parte de pedir um provimento jurisdicional a respeito de uma pretensão; e a demanda é o ato de instauração processual com o conteúdo postulatório da pretensão.

Candido Rangel Dinamarco sabiamente diz que o poder de demandar é concedido a todos, incondicionalmente, enquanto a ação, para que exista, depende do concurso de três condições – legitimidade da parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual, nos termos do art. 267, VI do CPC¹²⁶. Independentemente da existência dessas condições, tem o particular o direito de exigir um provimento jurisdicional, mais amplo, nem que seja para negar a sua existência¹²⁷.

Assim, embora o direito positivo brasileiro confunda, por vezes, ação com demanda, são dois institutos distintos, porém com íntima relação. Apesar de distintos, ambos têm os mesmos elementos e se classificam como as ações (de cognição, executiva e cautelar), mas diferem em um ponto fulcral: ao passo que a ação é um direito conexo a uma pretensão de direito material e, por isso, sujeito a condições, o direito de demandar é incondicionado e, também por isso, mais amplo.

5.3 Demanda e pedido

Após delimitarmos a diferença básica entre demanda e ação cabe, nesse momento, diferenciar demanda do pedido. A demanda, como ato inaugural do processo, tem um conteúdo que resulta da conjugação dos fundamentos de fato e de direito expostos pelo demandante. Vai da causa de pedir ao pedido. O pedido será o próprio objeto do processo e será tanto imediato, consistente no provimento que se pede, quanto mediato, fundado no bem jurídico a que o provimento deve referir-se, como antes mencionado.

Logo, o pedido é a pretensão processual com o duplo sentido acima mencionado. O pedido mediato deve ser entendido como o objeto litigioso ou a lide, na terminologia do Código. Já o objeto imediato entende-se pelo tipo de provimento jurisdicional pleiteado. Trata-se de dois elementos lógicos do pedido, um condicionante e outro condicionado. Assim, percebe-se que o pedido não é a demanda, mas está contido nela.

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Malheiros, 1973: p. 132.

¹²⁷ A existência desse direito mais amplo de exigir um pronunciamento jurisdicional é decorrência direta da tomada pelo Estado do monopólio do exercício da jurisdição.

Sabe-se que a doutrina brasileira não é uniforme ao fazer essas distinções básicas. Por vezes, usa-se pedido no sentido de pretensão processual, tal qual se está utilizando nesse trabalho, ora usa-se no sentido de lide ou litígio, ora no sentido de demanda.

Moacyr Amaral Santos fala que

não há ação sem pedido, pois este é um dos seus elementos, o objeto – *res, petitum*. Como é o objeto do processo. O autor provoca a jurisdição (ação), suscitando o processo, por meio do qual se faça atuar o direito objetivo na tutela de sua pretensão. Assim, no pedido se contém a suscitação da provisão jurisdicional (pedido imediato), na tutela de um bem jurídico (pedido mediato).¹²⁸

Pelo ponto de vista com base no qual se está propondo este trabalho, o pedido não exprime a pretensão, mas é a própria pretensão. Poder-se-ia dizer, assim, ousando não acompanhar o pensamento do mestre paulista citado, que “não há demanda sem pedido” e não que “não há ação sem pedido” e que “o autor provoca a jurisdição (demanda), suscitando o processo e não “o autor provoca a jurisdição (ação) suscitando o processo”. Isso é, não há processo sem demanda e não há demanda sem pedido.

Busca-se apoio para tal discordância em Barbosa Moreira, que espanca quaisquer dúvidas oriundas da confusão desses institutos – ação, demanda e pedido. Para o referido doutrinador, pela demanda começa a exercer-se o direito de ação, e, por meio da demanda, o autor formula o pedido, lançando-o na petição inicial, a qual é instrumento da demanda¹²⁹.

5.4 Pedido e pretensão processual

Em primeiro lugar, faz-se necessário esclarecer que a pretensão processual se distingue da pretensão substancial.

Essa distinção vem do Direito Alemão, que se preocupou em dizer que a pretensão constante da ZPO não é a pretensão de que fala o BGB¹³⁰. Os processualistas portugueses também distinguem pedido de pretensão, pois reservam o termo pretensão para pretensão conexa com o direito material. Luso Soares¹³¹ chega a dizer que o pedido é a pretensão processual, ao passo que a pretensão substancial constitui a pretensão em sentido estrito.

Pedido é, portanto, o mesmo que pretensão processual.

¹²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 2. p. 129-130.

¹²⁹ MOREIRA, *op. cit.* p. 11-12.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT, 1986. p.214-215.

Como já se viu, os componentes do pedido, tido como objeto do processo, podem ser determinados pela procedência lógica na ordem de satisfação, dizendo-se condicionante o imediato e condicionado o mediato.

Impende ressaltar, todavia, que a pretensão processual não se confunde com a pretensão de direito material, pois, do contrário, poder-se-ia chegar ao processo sem objeto caso se declarasse a carência da pretensão material.

Por ser processual, essa pretensão tem caráter instrumental e, portanto, o provimento não pode ser emitido espontaneamente, dependendo da demanda da parte interessada. Da mesma forma, não se emite um provimento que não esteja conexo com uma pretensão material, esta também proveniente dos fatos, do estado das coisas, da *causa de pedir*.

Assim, os fundamentos do pedido ou da pretensão processual, que é a causa de pedir, não integra o pedido, mas guarda com ele uma relação de origem, de causa, sem o qual a pretensão processual não existe.

5.5 Causa de pedir e pedido

O tema relativo às nuances entre pedido e causa de pedir é especialmente complexo, inclusive sendo tema de obras importantes de doutrinadores pátrios¹³².

O que se pretende nesse item é fazer uma clara diferenciação desses dois institutos, principalmente porque a causa de pedir é, por muitas vezes, o elemento identificador da demanda.

Sendo a causa de pedir elemento distinto do pedido, com ele não se confunde. Conquanto seja íntima a ligação entre os elementos das demandas – sujeitos, causa de pedir e pedido –, a causa de pedir pode surgir como elemento identificador da demanda nos casos de pedidos idênticos.

É pacífico o entendimento de que o direito nasce dos fatos. Mas nem todo fato é relevante para o direito; existem fatos juridicamente irrelevantes. Ao demandar, o autor pretende que se lhe atribua um bem da vida. A causa de pedir, nesse contexto, seria um fato juridicamente relevante, para o qual o ordenamento jurídico prevê um determinado efeito. A causa de pedir é, portanto, o fundamento, a origem do pedido.

¹³¹ SOARES, Fernando Luso. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1980. p. 251.

Desde os glosadores faz-se a divisão entre causa de pedir próxima e causa de pedir remota. A causa de pedir próxima seria o direito e a causa de pedir remota os fatos que originaram a pretensão do autor; ambas, porém, devem estar presentes na petição inicial do processo.

Assim, o conteúdo da causa de pedir, no direito brasileiro, é a conjugação da chamada causa de pedir próxima, ou fundamento jurídico e da descrição do fato particular, causa remota, com a pretensão formulada. Do fato constitutivo somado ao fato particular vai-se ao pedido. Vale ressaltar a desnecessidade de precisão na qualificação das categorias jurídicas e de indicação do dispositivo legal.

Dessa forma, apesar de alguns doutrinadores colocarem a causa de pedir como elemento integrante do pedido, a causa de pedir não o integra. Para visualizar melhor esta conclusão, basta considerar que um pedido pode ser formulado por mais de uma causa.

Nas palavras do processualista Milton Paulo de Carvalho

são elementos da causa de pedir o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima). A causa remota compreende tanto o fato constitutivo do vínculo quanto o fato particular, ou seja, o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, que vem a constituir o interesse de agir. A causa próxima compõe-se da relação jurídica que vincula o autor ao réu (chamemos de direito constitutivo) mais o direito particular ('diritto singolo') invocado pelo autor como causador do efeito pretendido.¹³³

Observa-se que a causa de pedir, assim delimitada, tem finalidade eminentemente processual. Ela pode identificar o pedido e a demanda, ainda que esta seja improcedente. Dessume-se também que essa identificação do pedido não se destina à observação da ação do ponto de vista exterior da prestação jurisdicional (litispendência, coisa julgada), mas a uma observação interior do processo, precisando o contingente da demanda.

O que importa é que o liame jurídico entre o fato como causa e o pedido como efeito, ainda que por dedução, seja identificado, sob pena da petição inicial ser considerada inepta.

5.6 Pedido no Código de Processo Civil

O pedido, junto com a causa de pedir, é o conteúdo da demanda, o objeto litigioso do processo, a pretensão processual, o mérito da causa.

¹³² José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque coordenaram obra de grande importância doutrinária intitulada o "Causa de pedir e pedido no processo civil" publicada pela RT e com participação de diversos autores.

Como já se viu, o pedido tem um fundamento, que é a causa de pedir. O pedido, assim, compõe-se de dois elementos: o provimento jurisdicional de determinada espécie (elemento condicionante) e o bem jurídico material que lhe é conseqüente (elemento condicionado), que é chamado o bem da vida. Esses elementos são chamados por muitos autores de objeto imediato e objeto mediato.

A identificação do pedido pode ser feita por alguns critérios. Um primeiro critério está relacionado ao bem jurídico-material pretendido. Assim, em uma ação em que se pede a condenação da parte ré a um determinado pagamento ou restituição da coisa, por exemplo, a identificação do pedido é possível pelo bem jurídico pretendido.

Outro critério está relacionado com o objeto imediato, ou seja, com a natureza do provimento jurisdicional pretendido. Por exemplo, se alguém intenta demanda constitutiva negativa e demanda meramente declaratória em relação a uma mesma relação jurídica, o que diferenciará os pedidos será o elemento predominantemente, o elemento condicionante.

Um terceiro critério seria a utilização do fundamento ou da causa de pedir. Esse critério seria empregado quando os dois outros mencionados não forem suficientes à identificação do pedido. Um exemplo seria um cônjuge pedir a separação pela prática de adultério ou por maus tratos.

Nesse último caso, deve-se verificar se a identificação se faz pela causa remota ou próxima. Trata-se de examinar a identidade dos fatos e a sua relevância para a qualificação jurídica, pois para que haja identidade de causa de pedir é preciso que haja identidade de todos os elementos de fato dos quais decorrem os efeitos jurídicos pretendidos na ação.

Conclui-se, para efeito do presente trabalho, que não tem a pretensão de abordar de forma exauriente o tema complexo e desafiante que é a causa de pedir, que todos os elementos do pedido são importantes para a sua identificação, inclusive a causa de pedir, que deve ser analisada por meio de seus dois elementos.

5.7 Classificação do pedido

O pedido é íntegro e individualizado, conquanto possa ser genérico e relativo a uma relação jurídica sujeita a condição.

Tendo em vista a disciplina do Código de Processo Civil o pedido pode ser classificado quanto ao conteúdo e quanto ao número.

¹³³ CARVALHO, Milton Paulo de. *O Pedido no Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992. p.94.

Quanto ao conteúdo, o pedido pode ser simples, qualificado e implícito.

O pedido simples é o integrado pelos dois elementos que o compõe. O primeiro, de uma provisão jurisdicional e o segundo, do bem da vida que do primeiro resulta.

O pedido qualificado, também chamado de pedido cominatório é aquele em que o objeto imediato é sempre a condenação, e o mediato é a prestação do fato que não pode ser prestado por terceiro, a abstenção de um ato ou a tolerância de alguma atividade, acrescido de cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.

A característica primordial do pedido implícito é que seu conteúdo não está expressamente posto na petição. Ele é uma decorrência lógica de tudo que está dito na peça.

Em razão de o pedido implícito ser de grande importância para o presente estudo, sua análise será feita em um capítulo em separado.

Quanto ao número, o pedido pode ser unitário ou cumulado.

O pedido unitário é aquele que contém apenas um objeto mediato e um objeto imediato. Na nomenclatura de Barbosa Moreira, é o pedido fixo¹³⁴.

Os pedidos cumulados são formados por mais de uma prestação autônoma. A cumulação pode ser própria ou imprópria.

A cumulação própria consiste na formulação de mais de um pedido unitário contra o mesmo réu, sendo todos somados.

O CPC, em seu artigo 292¹³⁵, autoriza a cumulação num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

Cuida-se da hipótese de pedidos formulados pelo mesmo autor contra o mesmo réu; por esta razão se dispensa a conexão.

A lei reputa como conexas as demandas quando existe identidade de pedidos ou de causa de pedir (art. 103). A conexão que a lei dispensa para a cumulação é a da igualdade de causa de pedir.

A cumulação própria pode ser simples, já mencionada acima, e pode ser cumulação sucessiva. Essa última se dá quando o segundo pedido só pode ser atendido se o primeiro o for. Não se trata de cumulação eventual, da qual se tratará mais adiante, pois nessa o segundo pedido é subsidiário em relação ao primeiro. Um exemplo seria a cumulação entre a investigação de paternidade com pedido de petição de herança. Já o cúmulo simples seria a

¹³⁴ MOREIRA, *op. cit.* p. 14.

¹³⁵ Art. 292 do CPC. “É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.”

somatória, por exemplo, de um pedido de indenização, por ilícito extracontratual, com outro, a título de restituição de mútuo.

A cumulação de pedidos é técnica que diz respeito aos princípios da celeridade e da economia processual, além do princípio da harmonia das decisões. Portanto, desde que haja a compatibilidade de pedidos, a competência do foro e de juízo de adequação, por intermédio do mesmo rito processual, conforme prevê o art. 292 §§ 1º e 2º, a cumulação de pedidos é recomendada.

Se o cúmulo é inicial, dá-se o caso de cumulação de pedidos, mas se o cúmulo é ulterior, dá-se a cumulação de processos pela conexão.

Por outro lado, a cumulação de pedidos pode ser imprópria. Será imprópria quando o autor formular mais de um pedido para que apenas um deles seja acolhido. São as hipóteses de cúmulo eventual ou cúmulo alternativo.

O cúmulo alternativo não está previsto no CPC; porém, tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência por meio de uma interpretação elástica do art. 289. Consiste ele na formulação pelo autor de mais de um pedido para que um deles seja acolhido, sem expressar, contudo, qualquer preferência entre eles. Diferencia-se do cúmulo eventual porque neste o autor demonstra uma preferência em relação a um dos pedidos. Não se trata de pedido alternativo, previsto no art. 288 do CPC, pois este se caracteriza quando o objeto mediato puder ser prestado de mais de um modo, mas o pedido em si é único. Em relação ao objeto imediato, o pedido alternativo será sempre de condenação, por se tratar de um pedido de prestação.

O cúmulo sucessivo, como anteriormente já tratado ainda que de forma rápida, está previsto no art. 289 do CPC. Nessa hipótese, o autor formula mais de um pedido em ordem sucessiva. Assim, o juiz pode acolher o pedido posterior se não tiver acolhido o pedido anterior. São os pedidos subsidiários. Trata-se nessa hipótese de clara aplicação do princípio da eventualidade em favor do autor.

6 PEDIDO IMPLÍCITO

Pedido, como já se viu anteriormente, é a pretensão processual, é o objeto do processo. A noção de implícito está contida no que os lingüistas chamam de não-dito, juntamente com subentendido, pressuposto e oculto¹³⁶. Assim, ser implícito significa existir nas entre-linhas; contrapõe-se à noção de explícito, que é estar expressamente posto.

Dessa forma, diz-se implícito o pedido que não está dito de forma expressa, mas está compreendido no pedido principal formulado.

Os juristas costumam conceituar o pedido implícito como aquele que, embora pudesse ser deduzido de forma autônoma, a lei considera compreendido no pedido simples ou cominatório ou como decorrência do ônus da sucumbência¹³⁷.

São exemplos de pedidos implícitos como decorrência da sucumbência o reembolso das despesas ao vencedor e o pagamento dos honorários advocatícios. Também são exemplos de pedidos implícitos as prestações vencidas à época da propositura da demanda, nas obrigações de trato sucessivo ou execução continuada. Além desses exemplos, também são considerados pedidos implícitos os juros legais¹³⁸.

A doutrina e a jurisprudência têm tradicionalmente interpretado de forma restritiva o pedido e mais especificamente o pedido implícito. Isso ocorre porque se interpreta literalmente o disposto no artigo 293 do Código de Processo Civil como se verá no item que se refere à interpretação do pedido. Por outro lado, acredita-se que, em razão do disposto no artigo 286 do CPC, confunde-se o pedido implícito com o pedido genérico, que só em raras exceções são aceitos em nosso ordenamento jurídico.

O pedido implícito contrapõe-se ao pedido certo, que deve ser entendido como pedido expresso. Já o pedido genérico contrapõe-se ao pedido determinado, apenas aceito em poucos casos previstos no art. 286 do CPC.

A proposta no presente trabalho é ampliar a interpretação que é feita do pedido implícito a luz dos princípios constitucionais da tutela efetiva e do acesso à justiça.

¹³⁶ “Não-dito” expressão atribuída a Oswald Ducrot pela Professora Doutora Virgínia Colares nas Aulas da Disciplina “Análise do Discurso Jurídico Procedimental”, de março a junho de 2006, no programa de Mestrado em Direito na UNICAP.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006. p. 92-103.

¹³⁸ Súmula 254 do STF: “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação.”

6.1 Interpretação do pedido implícito

6.1.1 Visão tradicional de interpretação do pedido implícito

Em conformidade com o disposto no art. 293 do CPC, o pedido, numa visão tradicional, deve ser interpretado restritivamente. Além disso, o art 286 do CPC prevê que o pedido deve ser certo e determinado. A idéia é proibir que o pedido seja formulado de forma genérica, de modo a proteger uma outra garantia, dita fundamental, e resguardada em sede constitucional, a coisa julgada.

Permitindo-se a formulação de pedidos genéricos, salvo nas hipóteses previstas na lei, e uma extensão da interpretação do pedido em qualquer hipótese, estar-se-ia viabilizando a elaboração de sentenças *extra* ou *ultra petita* e, portanto, nulas. Assim, tais dispositivos legais são muito relevantes para que o sistema jurídico vigente tenha harmonia.

Pelo que já se disse quando se tratou do conceito de pedido, infere-se que o mesmo é uma manifestação de vontade e está inserto no instrumento da demanda, que é a petição inicial.

Assim, o pedido, entendido como objeto do processo, prestar-se-á a produzir uma sentença de mérito com a participação dos interessados, por meio de um procedimento dialético e sob a égide do princípio do contraditório, não apenas destinado ao juiz, mas também ao réu, que é o outro sujeito do contraditório.

Segundo a interpretação que tradicionalmente se dá ao pedido, o que está nele consignado determinará os limites de atuação da própria jurisdição, consoante o que se extrai dos artigos 128, 460 e outros do Código de Processo Civil.

Considerando essa visão, ou seja, do pedido como uma manifestação de vontade em um ato formal (petição inicial) e escrito, percebe-se que a interpretação tradicionalmente dada não adota o paralelismo entre esse ato jurídico processual e o ato jurídico em geral. É que mesmo sendo o pedido um ato de vontade, deve-se considerar até que ponto esse elemento volitivo participa da realização desse ato processual.

Na interpretação do ato jurídico geral, principalmente no negócio jurídico, um problema que ordinariamente se apresenta é a falta de coincidência entre a declaração formal e a vontade do agente. Nesses casos, duas teorias se apresentam, conforme a lição de Vicente

Ráo, que se dedicou ao estudo desse tema¹³⁹, a saber: a teoria subjetiva e a teoria objetiva. Pela teoria subjetiva, também chamada de teoria da vontade, no conflito entre a declaração e a vontade, esta deverá prevalecer. Já pela teoria objetiva, ou teoria da declaração, esta deverá prevalecer. A maioria dos doutrinadores brasileiros, dentre eles Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁰, entende que o ordenamento jurídico brasileiro consagra a teoria subjetiva, pois o art. 85 do Código Civil de 1916 (atual artigo 112 do Código Civil de 2002) prevê que nas declarações de vontade atender-se-á mais a sua intenção do que ao sentido literal da linguagem.

Transpondo essa realidade para o Direito Processual Civil, Frederico Marques¹⁴¹ acolhe esse entendimento e o reproduz.

Para outros autores como Milton Paulo de Carvalho¹⁴², deve-se fazer uma distinção quando se trata de direito processual. Na sua ótica, nesse caso, deve prevalecer a declaração e não a intenção. Segundo ele, no ato processual a vontade de alcançar certo efeito substitui-se pela voluntariedade da prática do ato e seus efeitos decorrem da lei. O efeito é aquele previsto na lei, não importando a vontade do agente. Para esse autor, se a formulação do pedido é obscura, a petição é inepta, nos moldes do art. 295, parágrafo único, I e II.

Tudo que se disse aqui acerca do pedido de maneira geral pode ser dito em relação ao pedido implícito. Dessa forma, apenas o que é decorrência lógica do pedido formulado na inicial, apesar de não expressamente requerido, é que tem sido considerado pedido implícito e, portanto, passível de concessão.

Assim, conclui-se que, tradicionalmente, a interpretação do pedido, inclusive a do pedido implícito, a pretexto de respeitar a garantia da coisa julgada e de se evitar decisões eivadas de nulidade, tem se dado de forma restritiva, fazendo-se uma interpretação literal das disposições do CPC, sem atentar para situações concretas, como urgência na prestação da tutela ou condição pessoal do autor.

6.1.2 Visão instrumentalista de interpretação do pedido implícito

Essa visão tradicionalista de interpretação do pedido não se coaduna com a fase instrumentalista que atualmente rege o processo e, tampouco, é suficiente a atender às

¹³⁹ RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 185-286.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Vol. I. p. 424.

¹⁴¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. , Vol. III. p. 64.

¹⁴² CARVALHO, *op. cit.* p. 116-118.

necessidades concretas da sociedade. Em outras palavras, o Direito deve refletir sempre a realidade social, e interpretar o pedido de forma literal não reflete os anseios da realidade social.

Interpretar a norma em seu sentido literal em muitos casos pode significar negar a existência de princípios que modernamente instruem o Direito Processual, tais como o da instrumentalidade do processo, o da efetividade da prestação jurisdicional, o da celeridade e o da economia processual.

A interpretação que deve ser dada aos dispositivos legais que determinam que o pedido deva ser certo e determinado e que prevê que o pedido deve ser interpretado de forma restritiva, deve estar em harmonia com os modernos princípios que instruem o Direito Processual e que tem guarida na Constituição.

Dessa forma, entende-se que o dispositivo do art. 293 do CPC, em verdade, quis impedir que elementos realmente estranhos à lide fossem nela inseridos por interesse de uma das partes. Assim, *a contrario sensu*, aquilo que não for verdadeiramente estranho à lide pode ser objeto do julgamento, ainda que esteja de forma implícita no pedido do autor.

O reconhecimento de pedidos implícitos na petição inicial não é nenhuma novidade. A jurisprudência pátria, em diversos casos, tem aceitado determinados pedidos como implícitos¹⁴³, ainda que de forma bastante tímida e não suficiente para atender aos anseios da sociedade.

Acredita-se que se deve extrair do pedido tudo o que nele estiver contido; não só o que esteja expressamente nele consignado, mas tudo que dele possa decorrer de forma lógica e de acordo com a realidade do caso concreto.

Acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região de relatoria do Des. Johansom Di Salvo¹⁴⁴, publicado no Diário Oficial da União em agosto de 2002, cuja ementa abaixo se transcreve, reflete a nova visão instrumentalista que deve permear a interpretação do pedido. Veja-se.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL TIRADO CONTRA INTERLOCUTÓRIA QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA PARA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO DE CUNHO ALIMENTAR, NO BOJO DE SENTENÇA ONDE DECIDIDA A LIDE - CABIMENTO DA CONCESSÃO EX OFFICIO DA PROVIDÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se deve ter o menor pejo em reconhecer que na causa onde pessoa miserável - seja velha, doente ou deficiente - busca amparo assistencial ou benefício

¹⁴³ BRASIL. TRF da 5ª Região no AGRESP 727039/AL, Primeira Turma, Publicado no DJU de 01/08/2006; BRASIL. STJ - RESP 444919/RS, Segunda Turma, Publicado no DJU de 15/03/2004.

¹⁴⁴ BRASIL. TRF da 3ª Região no AGRAC 98030670662/SP, Quinta Turma, Publicado no DJU em 01/08/2002. extraído do site <http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa> . Acesso em 29.08.2006.

previdenciário destinado a minorar as agruras de sua infeliz existência terrena achase implícito o pedido de antecipação de tutela, pois não seria crível que indivíduo em situação de miséria que necessita invocar o Judiciário se dê ao luxo de esperar o esgotamento dos recursos que o adverso tem à mão para estender o tempo da efetiva prestação jurisdicional.

2. Quem é muito velho ou doente, tem fome e carece de abrigo decente, não tem o menor interesse pelas firulas e esquemas de nosso retrógrado, ineficiente e ilusório sistema processual civil.

3. Agravo regimental improvido.

Mais recentemente, o Desembargador Walter do Amaral, também do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, tem insistido na possibilidade de antecipação de tutela em face do seu pedido estar implícito, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Veja-se.

Ementa

ASSISTÊNCIA SOCIAL. DEFICIENTE. HIPOSSUFICIENTE. INTEMPESTIVIDADE. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I. Remessa oficial não conhecida, em observância ao disposto no parágrafo 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

II. Conforme dispõe o artigo 242 da legislação processual civil em vigor, o prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da sentença.

III. No presente caso, mesmo ao se considerar prazo em dobro, em razão da qualidade de autarquia, e a suspensão dos prazos, em decorrência das férias forenses, verifica-se que a apelação do INSS foi interposta intempestivamente, não cabendo conhecê-la.

IV. Tratando-se de Direito Previdenciário e Assistencial, presentes os requisitos legais à concessão do benefício do art. 203, inc. V, da Constituição Federal, meros formalismos da legislação processual vigente não podem obstar a concessão da tutela antecipada ex officio, para determinar ao INSS a imediata implantação do benefício, que é de caráter alimentar, sob pena de se sobrepor a norma do art. 273 do CPC aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a "dignidade da pessoa humana" (CF, art. 1º, III), impedindo que o Poder Judiciário contribua no sentido da concretização dos objetivos da mesma República, que são "construir uma sociedade livre, justa e solidária", bem como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (CF, art. 3º, I e III).

V. Remessa oficial e apelação não conhecidas.¹⁴⁵

Infelizmente, acórdãos como os acima mencionados são minoria, o que demonstra que a interpretação do pedido ainda está muito vinculada à visão tradicional que foi dada ao pedido.

Espera-se com o presente trabalho estimular que o pedido seja interpretado de forma mais harmoniosa com os princípios constitucionais que permeiam o Direito Processual.

¹⁴⁵ BRASIL. TRF da 3ª Região na Apelação Cível nº 200403990345364/SP – Sétima Turma. Publicado no Diário de Justiça da União em 26.04.2007. Disponível em <http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa>. Acesso em: 06.06.2007.

7 A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DE SUA POSTULAÇÃO IMPLÍCITA

A maioria da doutrina pátria é contrária à concessão da antecipação dos efeitos da tutela por meio de uma atuação de ofício do juiz ou mesmo com fundamento em sua postulação implícita.

Contudo, vozes isoladas, porém com grandes argumentos, defendem essa possibilidade. Com esses doutrinadores é que se afina. Porém, em face dessa divergência, far-se-á uma subdivisão do presente capítulo, com os argumentos contrários e favoráveis à concessão da antecipação de tutela ausente o requerimento expresso da parte.

7.1 Pela não concessão da antecipação de tutela ausente o requerimento expresso da parte

Como já dito, a maior parte da doutrina pátria se mostra contrária à concessão da antecipação dos efeitos da tutela estando ausente o requerimento expresso da parte nesse sentido.

Argumentam ao seu favor que aceitar essa possibilidade seria contrariar uma série de princípios atinentes à prestação da tutela jurisdicional, como o princípio da demanda, o princípio do dispositivo e o princípio da imparcialidade do juiz.

O principal argumento é o de que a ausência do requerimento expresso da parte esbarraria no princípio da demanda. Até o mestre Cândido Rangel Dinamarco, a quem tantas vezes se socorreu no curso do presente trabalho, entende que o requerimento da parte é inerente ao sistema jurisdicional do CPC e afirma que “corresponde à idéia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda)”¹⁴⁶. A parte seria a melhor pessoa para optar em deixar o feito no estado em que se encontra, tendo liberdade de requerer expressamente ou não a concessão da antecipação de tutela.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.149-150.

J.J. Calmon de Passos também é partidário de que, em nenhuma hipótese, será possível a concessão da antecipação da tutela ausente o requerimento expresso da parte, pois seria uma afronta ao princípio da inércia, um dos pilares do processo jurisdicional¹⁴⁷.

Alguns autores de renome, como Galeno Lacerda, fazem a distinção da antecipação de tutela e da medida cautelar incidental, baseando-se justamente no fato de que, na antecipação de tutela, o requerimento expresso da parte seria imprescindível. Isso porque como a medida cautelar tem por objeto a preservação do respeito à jurisdição e não só o interesse da parte, a concessão de uma medida cautelar pode ser efetuada de ofício pelo juiz¹⁴⁸. Na opinião do citado autor, a antecipação de tutela se destina a favorecer uma das partes na relação de disputa do bem da vida. Assim, seria possível a superação do princípio da inércia da jurisdição no caso das medidas cautelares, pois prevalece o princípio constitucional do devido processo legal.

João Batista Lopes, apegado a uma interpretação literal do dispositivo do art. 273 do CPC, argumenta que não é possível a concessão da antecipação da tutela ausente o requerimento expresso da parte, pois o próprio *caput* do artigo veda essa possibilidade¹⁴⁹. Esse dispositivo estaria em plena consonância com o artigo 2º do CPC¹⁵⁰, que consagra o princípio da iniciativa da parte ou princípio da demanda em nosso sistema processual civil.

Lopes ainda acrescenta que o instituto da tutela antecipada não deve ser utilizado para resolver o problema da demora na prestação da justiça, mas apenas para tutelar situações urgentes em que haja o risco de perecimento de direito¹⁵¹.

Outro obstáculo levantado pelos autores diz respeito à responsabilização pelos danos ocasionados à parte ré em face da antecipação de tutela não expressamente requerida cuja decisão, após o juízo de cognição exauriente, viesse a ser reformada. Dado o seu caráter satisfativo, uma vez concedida a antecipação de tutela, em muitos casos não será possível a reversão ao *status quo* existente anteriormente a concessão da medida.

Cândido Rangel Dinamarco questiona a quem caberia essa responsabilização, acreditando como de duvidosa legitimidade imputar essa responsabilidade ao beneficiário da tutela antecipatória, por não ter ele feito requerimento expresso nesse sentido¹⁵².

¹⁴⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 270 a 331)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 3. p. 32.

¹⁴⁸ LACERDA, Galeno Vellinho *apud* DINAMARCO (2001), *op. cit.* p.150.

¹⁴⁹ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

¹⁵⁰ Art. 2º do CPC “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

¹⁵¹ LOPES (2003), *op. cit.* p. 66.

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 1. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 79.

Por fim, outro óbice levantado contra a concessão da tutela antecipada sem o requerimento expresso da parte seria a afronta ao princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido da parte, previsto no art. 460 do CPC.

Por este princípio, o que se entende é que não é lícito ao juiz ultrapassar os limites do pedido, sob pena de sua decisão ser considerada nula. Contudo, o mencionado princípio não impede a atuação do juiz dentro desse parâmetro.

7.2 Pela concessão da antecipação de tutela ausente o requerimento expresso da parte

A concessão da antecipação de tutela de ofício pelo juiz ou em razão de sua postulação estar implícita vem sendo defendida por parte da doutrina por intermédio de vários argumentos. Seja em nome da “publicização do processo” e da necessidade de conter o abuso praticado pelas partes¹⁵³ ou do seu caráter instrumental para efetivação de direitos¹⁵⁴ e até mesmo em face do caráter alimentar da postulação ou da precariedade da advocacia pública (defensoria pública)¹⁵⁵.

Em primeiro lugar entende-se, assim como Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁶, que o direito à tutela antecipada está garantido constitucionalmente. É que ao estabelecer no art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o legislador constituinte consagrou bem mais do que o direito de ação; consagrou o direito de obtenção de uma tutela adequada e efetiva.

Considerando que a tutela adequada à realidade social de hoje não comporta, em muitos casos, a espera do tempo despendido no juízo de cognição exauriente da lide, percebe-se que a realização desse dispositivo constitucional e mesmo do princípio do devido processo legal apenas poderá acontecer por meio de juízos de cognição sumária. A tutela antecipada, como juízo de cognição sumária que é, está, portanto, resguardada em esfera constitucional.

Assim, o legislador infraconstitucional deverá pautar todo o sistema processual com vistas a garantir que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva, não devendo ser reconhecidos como válidos quaisquer dispositivos que afrontem esse direito fundamental.

¹⁵³ FRANÇA, Fernando Luís. *A Antecipação da tutela ex officio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁵⁴ PEREIRA FILHO, Benedito. *Tutela Antecipada: Concessão de ofício?* Gênesis – Revista de Processo Civil. Curitiba. N. 32, abril/junho de 2004.

¹⁵⁵ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=2930>. Acesso em: 19 de setembro de 2005.

¹⁵⁶ MARINONI (2005), *op. cit.* p. 157-166.

Com fundamento nessa realidade constitucional é que se advoga a possibilidade de concessão da tutela antecipada mesmo que o requerimento da parte não esteja expresso no pedido inicial.

O argumento trazido pelos doutrinadores, de que a concessão da antecipação dos efeitos da tutela estaria a afrontar o princípio da demanda e o princípio do dispositivo, além de ferir a imparcialidade do juiz, não merece prosperar.

Como já estudado anteriormente, pelo princípio da demanda entende-se que ao juiz é vedado prestar a jurisdição sem o requerimento da parte interessada, pois ninguém é obrigado a exercer direitos.

Contudo, ao conceder a antecipação de tutela mesmo ausente o requerimento expresso da parte, não se está indo de encontro ao princípio da demanda ou da inércia da jurisdição. O juiz não poderá dar início à demanda que será posta a seu julgamento. Acredita-se, porém, que, uma vez o autor tendo dado início à demanda jurisdicional, o que pretende efetivamente é usufruir, o mais rápido possível, do bem da vida posto a julgamento. Assim, considera-se estar implícita na demanda inicial o requerimento para a antecipação da tutela¹⁵⁷.

Não se quer dizer que a antecipação de tutela ausente o requerimento da parte será a regra. Não é isso, mas, havendo o preenchimento de todos os demais requisitos para a concessão da medida, e, principalmente, havendo risco de ineficácia do provimento final, mesmo que o requerimento da parte não esteja expresso, o juiz está autorizado a concedê-la, pois o requerimento estará implícito.

Em verdade, acredita-se que o juiz teria o **dever** de conceder a antecipação da tutela em casos que, apesar de não expressamente requerida, estejam presentes os requisitos autorizadores de sua concessão. É que o Estado, após ter tomado para si o monopólio da prestação da jurisdição, assumiu o dever de resolver os conflitos postos a seu julgamento de forma eficaz. E ignorar a situação existente no julgamento em razão de não ter havido o requerimento da parte de forma expressa é o mesmo que ignorar o seu dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva.

Por outro lado, com a finalidade de realizar a prestação da tutela jurisdicional, o juiz foi munido de poderes na busca de dar concretude ao direito, sem a doutrina afirmar que nesses casos haveria uma afronta ao princípio da demanda. É o caso da atuação de ofício do juiz na concessão da tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer, prevista no art. 461 do CPC.

¹⁵⁷ ALMEIDA, Paulo Eduardo Pinto de. *Tutela antecipada ex officio*. Jus Navegandi, Teresina, a.5, n.47, nov. 2000. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=885>. Acesso em : 19 set. 2005.

Nos tempos atuais, em que o processo passou a ter um caráter nitidamente público e que tem por escopo a realização da paz social em última análise, por intermédio, inclusive da atuação afirmativa do Estado por meio do exercício da jurisdição, não se espera que o magistrado tenha uma atitude passiva em relação ao processo e ao conflito que se desenrola a sua frente.

Ante essa nova realidade, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira conclui que “a verdade é que não se pode mais aceitar o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes.”¹⁵⁸

Nessa esteira de pensamento e em defesa da ampliação dos poderes dos juízes de maneira a que possam cumprir os seus deveres essenciais¹⁵⁹, o Prof. Lúcio Grassi Gouvêa defende uma atuação assistencial do juiz de modo a diminuir o abismo existente muitas vezes entre as partes, dada a diferença de condição financeira¹⁶⁰.

Já o argumento de que a concessão da tutela antecipada sem que haja o requerimento expresso da parte estaria em confronto com o princípio do dispositivo, deve-se à confusão que a doutrina tem feito ao conceituar o princípio do dispositivo e o princípio da demanda.

Conforme o que se disse no item 1.4.2, os dois princípios não se confundem. O princípio da demanda impede a atuação do juiz de ofício para dar início a uma causa, enquanto que o princípio do dispositivo permite que as partes escolham a realização de certos atos no curso de um processo já iniciado.

Tampouco se pode concordar que a imparcialidade do juiz esteja maculada por conceder a antecipação da tutela, mesmo que esteja ausente o requerimento expresso da parte.

Caso assim se entendesse, seria forçoso acreditar que toda e qualquer atuação de ofício do juiz estaria maculando a sua imparcialidade. O que não ocorre, por exemplo, quando o juiz, nos moldes do art. 130 do CPC, determina as provas que entende necessárias. Afinal, a ele cabe velar pelo desenvolvimento regular do processo e, conseqüentemente, pela prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva.

¹⁵⁸ PEREIRA FILHO, *op. cit.* p. 224.

¹⁵⁹ Para o autor português Miguel Texeira de Souza os deveres essenciais dos juizes são: o dever de esclarecimento, dever de prevenção, o dever de consultar as partes e o dever de auxiliar as partes. (GOUVEIA. Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: *Leituras Complementares de Processo Civil*. DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 202-203).

¹⁶⁰ GOUVEIA. Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: *Leituras Complementares de Processo Civil*. DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 202-203.

É de se ter em mente que o juiz deve ser capaz de analisar os fatos postos no caso concreto e evitar que a tutela jurisdicional seja totalmente inefetiva, por ser tardia. Trata-se de uma afirmação do poder-dever estatal, de prestar uma tutela jurisdicional efetiva.

Assim, claro está que deve haver pedido na ação posta em juízo. O juiz, contudo, deve ter a capacidade de visualizar que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pode estar implícito.

São, por exemplo, os casos em que se pleiteia o pagamento de verbas de natureza alimentar imprescindíveis para a própria sobrevivência do autor, mas que, apesar de toda a necessidade colocada, não se faz o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, seja por despreparo do defensor, seja porque a parte está utilizando do seu direito postulatório e ajuíza a demanda sem a contratação de um advogado e desconhece a existência do instituto. Como não antecipar os efeitos da tutela em tal caso? Seria o mesmo que negar a efetividade do processo.

Contudo, não se quer dizer com isso que a hipossuficiência da parte seria um requisito para que se antecipe a tutela com base na sua postulação implícita, mas há de se reconhecer que na maior parte dos casos os hipossuficientes, que normalmente são mal assistidos, são os principais beneficiados por esta interpretação da norma.

Percebe-se que o que há é um apego ao tradicionalismo e a uma visão literal do art. 273 do CPC. Outros institutos, quando surgiram, enfrentaram o mesmo tipo de críticas. Foi o caso do mandado de segurança no qual, em princípio, não se concebia a possibilidade de o juiz conceder a liminar no *writ* de ofício¹⁶¹. Hoje em dia, superado está esse pensamento, sendo pacífica na doutrina a possibilidade de concessão da liminar em mandado de segurança de ofício pelo juiz¹⁶².

De toda forma, é importante destacar que há exemplos em que se dispensa o requerimento expresso da parte como requisito para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. É o caso dos alimentos provisórios, que podem ser concedidos pelo magistrado mesmo que não haja requerimento expresso do alimentando nesse sentido. E qual a natureza dos alimentos provisórios senão a de uma medida de natureza satisfativa, ou seja, de tutela antecipatória?

No próprio sistema de processo cautelar existe a possibilidade de o juiz conceder medidas acautelatórias sem o requerimento expresso da parte: nos casos previstos em lei ou

¹⁶¹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 217.

¹⁶² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.1293.

naqueles casos considerados excepcionais. Não há qualquer razão para não se aplicar o mesmo raciocínio ao instituto da tutela antecipada.

Esse é o entendimento de Luiz Gustavo Tardin que esclarece ainda,

sabendo da índole constitucional das tutelas de urgência, em casos também excepcionais, em que esperar por um julgamento definitivo pode conduzir a ineficácia da tutela jurisdicional, está o magistrado autorizado a conceder a tutela antecipada *ex officio*. Para tanto, é imprescindível que a petição inicial (imagina-se aqui a tutela antecipada sendo requerida pelo demandante) e das provas carreadas aos autos possa o juiz completar a presença de todos os pressupostos de concessão.¹⁶³

Mesmo dizendo tudo o que já foi dito, alguns doutrinadores poderiam afirmar que a concessão da tutela antecipada ausente o requerimento expresso da parte estaria em confronto com o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte ou princípio da congruência.

Apoiando-se mais uma vez nos ensinamentos de Benedito Pereira Filho, poder-se-ia dizer que o princípio estaria sendo respeitado na medida em que não se prescinde do pedido de tutela, apenas o pleito de antecipação de seus efeitos é que estará implícito¹⁶⁴.

Ademais, como já estudado no item 6.1.2, acredita-se que a interpretação do pedido implícito deve ser realizada de forma mais ampla, de modo a consagrar os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo estudados no início desse trabalho.

Por outro lado, nenhum princípio deve ser entendido de forma absoluta e, fazendo-se um juízo de ponderação de valores, conforme estudado no item 1.2, deve-se verificar, no caso concreto, qual o princípio de maior peso, devendo este ser o aplicado. Num confronto, por exemplo, entre o princípio da congruência e o princípio da efetividade, no caso de se conceder ou não a antecipação de tutela com base no requerimento implícito, acredita-se que o princípio da efetividade deverá prevalecer, inclusive porque esse princípio tem *status* de direito fundamental.

Por fim, ainda questionam alguns autores a quem caberia a responsabilização pelos danos ocasionados com a execução da tutela antecipatória que viesse a ser modificada, haja vista que a parte beneficiária da antecipação de tutela não a requereu expressamente.

Sabe-se que, nos casos em que a tutela antecipada é requerida expressamente pela parte, havendo a reversão da medida, a responsabilidade recai, objetivamente, sobre a

¹⁶³ TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 129.

¹⁶⁴ PEREIRA FILHO, *op. cit.* p. 227.

parte que a requereu, sendo certo que o juiz, quando possível, determinará a caução a fim de garantir qualquer eventual prejuízo decorrente de revogação da medida concedida.

Tal entendimento decorre da nova positivação do art. 273, trazida pela Lei nº 10.444/2002, que, em seu §3º, prevê a aplicação do art. 588 do CPC aos casos de antecipação dos efeitos da tutela. Contudo, com a revogação do art. 588 do CPC pela Lei nº 11.232/2005 deve-se entender que será aplicada aos casos de antecipação dos efeitos da tutela a norma prevista no art. 475-O que substituiu o art. 588, ambos do CPC.

Caso semelhante é o do art. 811 do CPC, que trata da responsabilidade objetiva do requerente em face da medida cautelar deferida.

Ora, se em se tratando de medida cautelar, o requerente será responsabilizado objetivamente pelo prejuízo que causar com a execução da medida em caso de haver alteração do pronunciamento judicial em seu desfavor, nos moldes do art. 811, I, ainda que a medida tenha sido concedida de ofício pelo juiz, na forma do art. 797 do CPC. Aplicando-se, então, analogicamente o art. 811, o beneficiado pela antecipação de tutela também deverá responder objetivamente caso haja ulterior decisão judicial que venha a modificar a tutela antecipada concedida, ainda que essa concessão tenha sido fundada em um requerimento que se encontrava implícito na petição inicial.

Assim, trata-se de questão de responsabilidade objetiva, ou seja, é completamente dispensável a busca de culpa ou do erro da decisão. A parte a quem aproveita a antecipação da tutela é quem deverá arcar com eventuais prejuízos decorrentes de sua revogação. Seja no caso de medida cautelar deferida de ofício seja no caso de antecipação de tutela concedida em face do requerimento está implícito.

Vê-se, portanto, a importância, da atuação do juiz, único capaz de assistir as partes de forma de sanar as desigualdades existentes, equilibrando a relação processual.

O excessivo apego à forma e à literalidade do dispositivo do art. 273 do CPC pelo juiz não seria legítimo, pois na imagem de Liebman, não passará da mais solene deformação¹⁶⁵.

Dessa forma, como afirma Rui Portanova:

nestes tempos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer, por exemplo, que o pobre desconhece os seus direitos. Quando os intui, muitas vezes tem dificuldades de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível já é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em

¹⁶⁵ LIMA, *op. cit.* p. 2.

preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento de fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre não vai aparecer ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido¹⁶⁶.

Desse modo, os tradicionais princípios processuais consagradores da inércia jurisdicional e da adstrição do juiz ao pedido da parte também não devem servir de escudo para um comportamento inerte e passivo do magistrado.

¹⁶⁶ PORTANOVA, *op. cit.* p. 118.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, ressalta-se que o presente estudo não teve a pretensão de exaurir todo o tema acerca da antecipação dos efeitos da tutela, mormente no que diz respeito à possibilidade de sua concessão em face da sua postulação implícita. Tampouco se ignoram as inúmeras opiniões contrárias a sua concessão.

O que se pretendeu com o presente estudo foi apenas sugerir que seja feita uma reflexão acerca do pedido implícito, ampliando a sua interpretação com vistas a enxergar que nele pode está contido o pleito de antecipação dos efeitos da tutela. A finalidade última, portanto, desse trabalho, é ajudar no aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.

O primeiro capítulo do trabalho teve por finalidade trazer as noções básicas sobre os princípios que devem permear a atuação jurisdicional com vistas a que seja prestada uma tutela de forma efetiva. Analisaram-se os princípios informadores do processo e alguns outros princípios que também devem estar presentes quando é dado ao juiz decidir a causa.

A conclusão a que se chega nesse capítulo é a de que existe um direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva, em decorrência do art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, de forma que a interpretação do juiz deve ser no sentido de dar a máxima aplicação possível a este direito, inclusive afastado dispositivos legais que se tornem entaves a uma prestação jurisdicional dotada de efetividade.

No capítulo segundo, tratou-se da relação entre o tempo e o processo, em razão da sua importância para que a tutela jurisdicional seja prestada com efetividade. Conclui-se, nesse capítulo, que o tempo e, principalmente o excessivo tempo de duração do processo, é um dos principais obstáculos a que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva, de modo que vários esforços têm sido empreendidos para minimizar os danos que a longa tramitação do processo pode causar.

Desse capítulo também se conclui que a existência de tutelas de cognição sumária é de suma importância para evitar o perecimento de direito e garantir o resultado útil do processo, ou seja, garantir a efetividade processual.

O capítulo seguinte, por se ter reconhecido a importância das tutelas de cognição sumária, reservou-se para o tratamento das tutelas de urgência. Nesse capítulo, tratou-se das diferenças e semelhanças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, trazendo sua origem comum e o seu tratamento no direito comparado.

Em seguida, reservou-se um capítulo para tratar da antecipação de tutela, em razão de sua pertinência com o tema em estudo. Nesse capítulo, tratou-se das características, requisitos para a concessão e questões novas trazidas pela reforma do CPC acerca do art. 273, como a fungibilidade em relação à tutela cautelar e à tutela antecipatória.

Concluiu-se, nesse capítulo, que a antecipação de tutela, em razão de ser uma técnica capaz de trazer a efetividade do processo, tem *status* de direito fundamental com guarida na Constituição de 1988, em razão do direito fundamental a obter uma tutela efetiva.

O capítulo seguinte foi reservado ao estudo do pedido, suas características, a diferenciação em relação a outros institutos, sua classificação e sua interpretação. Em seguida, dedicou-se um capítulo ao estudo do pedido implícito, trazendo as diferentes formas de se interpretá-lo. Neste capítulo, concluiu-se que a interpretação que mais se afina com a atual fase do direito processual, em que o seu caráter plublicista é ressaltado, juntamente com a preocupação pela prestação de uma tutela efetiva, é no sentido de que se deve extrair do pedido tudo do que nele possa estar contido, inclusive o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Finalmente, um capítulo foi reservado à concessão da antecipação dos efeitos da tutela em face de sua postulação estar implícita, trazendo as opiniões contrárias a essa possibilidade e os seus argumentos, bem como trazendo os argumentos daqueles que defendem ser possível essa concessão, mesmo estando o requerimento implícito.

Em razão de todas as conclusões anteriormente alcançadas, chegou-se à conclusão de que a concessão da tutela antecipatória em face do requerimento estar implícito é possível em nome do direito fundamental à efetividade.

Para alcançar essa conclusão no decorrer do presente trabalho, buscou-se demonstrar a importância do instituto da antecipação de tutela em combate aos efeitos de demora na prestação da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, a sua importância para a prestação da tutela com efetividade.

Viu-se aqui que para que seja alcançada a efetividade é preciso que o processo seja entendido como um instrumento para a realização do direito material em litígio, sem que isso comprometa a autonomia do Direito Processual.

É com esse espírito que reformas têm sido feitas na legislação processual brasileira. A finalidade é aumentar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Conclui-se, portanto, que, embora haja interpretações que rechaçam a possibilidade de concessão da antecipação de tutela em face de sua postulação implícita, a

interpretação que se coaduna com os princípios constitucionais do acesso à justiça por meio da prestação de uma tutela efetiva e tempestiva é no sentido de admitir a sua concessão.

Com isso não se quer negar a validade dos princípios da adstrição do juiz ao pedido da parte, pois o pedido de antecipação de tutela integra, ainda que implicitamente, o pedido formulado na inicial. Tampouco se nega a validade do princípio da inércia da jurisdição, de forma que ao juiz continua sendo vedado dar início ao processo, o que não quer dizer que uma vez provocada a jurisdição, o juiz não deva conduzir o feito de modo a evitar desigualdade entre as partes, zelando por uma prestação jurisdicional efetiva.

Enfim, é preciso que os operadores do direito em geral e os magistrados em particular tenham uma mudança de mentalidade em nome da efetividade da prestação jurisdicional. Aproveitar o instituto da tutela antecipada a ponto de conceder a ordem em face de sua postulação implícita faz parte dessa mudança de mentalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernerto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Paulo Eduardo Pinto de. *Tutela antecipada ex officio*. Jus Navegandi, Teresina, a.5, n.47, nov 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=885>>. Acesso em: 19 set. 2005.

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela Antecipada*. 3. ed. (2ª tir.). Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *CPC Reformado*. 2 ed. São Paulo: Del Rey, 1995.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1985.

ATALIBA, Geraldo. *II Ciclo de Conferências e Debates sobre ICM*. Brasília: Secretaria de Economia e Finanças, 1981.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. *Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil*. Revista de Processo: 1988. Vol. 52.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

_____. *Proceso, ideologia, sociedad*. Trad. Santiago Sentis de Melendo e Tomás A. Bezhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

_____. *Il processo come fenomeno sociale di massa*. In *Giustizia e società*. Milano: Comunità. 1977.

CAPRI, Frederico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffré, 1979.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil* Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO, Milton Paulo de. *O Pedido no Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1943. Vol. II.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 4. ed. revista e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Sobre dois importantes e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Gênesis – Revista do Direito Processual Civil 21. Curitiba: Gênesis, julho/setembro de 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DOWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANÇA, Fernando Luís. *A Antecipação de Tutela “ex officio”*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação – Enfoque sobre o interesse de agir*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: *Leituras Complementares de Processo Civil*. DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. t. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3 ed. Traduzido por Candido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. V. I.

LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=2930>. Acesso em : 19 de setembro de 2005.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 1.ed., São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. , Vol. III.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

_____. *A antecipação da tutela*. 8. ed. revista e atualizada em atenção às Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Novas linhas do Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesual Civil*. Tomo I.5 ed. Barcelona: Maria Bosch editora, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual: doutrina*. Revista Forense: Rio de Janeiro. Vol. 329. 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 270 a 331)*. 9. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Vol. I.

PEREIRA FILHO, Benedito. *Tutela Antecipada: Concessão de ofício?* Gênesis: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba (32), abril/junho de 2004. v. 1.

PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judicial system performance and economic development*. Rio de Janeiro: BNDES. 1996.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, Ernane Fidelis. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol.3.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996. Vol. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996. Vol. 3.

SOARES, Fernando Luso. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1980.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Nova Dinâmica da Reintegração Judicial no Emprego*. Tese de Doutorado. Recife. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Processo Cautelar*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

_____. *A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991. Vol. 665.

_____. *Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Dano moral decorrente da excessiva duração do processo *In Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.(Coord.). *Aspectos Polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado especial de Pequenas Causas. *In Juizado Especial de Pequenas Causas* (obra coletiva). São Paulo: RT. 1985.

ZANFERDINI, Flávia Almeida Montigelli. *O processo civil no 3º milênio e os Principais Obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.