

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

A CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA TUTELA ANTECIPADA NO CONTEXTO
DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Aluno: Bruno Angelim Figuerôa

RECIFE
2008

BRUNO ANGELIM FIGUERÔA

**A CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA TUTELA ANTECIPADA NO CONTEXTO
DA EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Dissertação apresentada à Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

RECIFE
2008

F475c

Figuerôa, Bruno Angelim.

A concessão ex officio da tutela antecipada no contexto da efetividade processual / Bruno Angelim Figuerôa ; orientador Gustavo Ferreira Santos, 2008.

120 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Mestrado em Direito, 2008.

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

CDU 347.9

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

A CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA TUTELA ANTECIPADA NO CONTEXTO
DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Bruno Angelim Figuerôa

Dissertação defendida e aprovada no dia 24/09/2008 pela Banca Examinadora composta por:

Gustavo Ferreira Santos, Doutor em Direito
Orientador

Sérgio Torres Teixeira, Doutor em Direito
Primeiro Examinador (Interno)

Bruno César Machado Torres Galindo, Doutor em Direito
Segundo Examinador (Externo)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Agradeço, primeiramente, a Deus.

*Aos meus amados pais, Marcelo e Amélia,
pelo amor e pela lição de vida, simplicidade e honestidade.*

*Ao meu irmão, Marcelo e sua família,
por fazerem parte da minha história de vida.*

*À minha querida companheira, Ana Rosa,
pelo encorajamento, ajuda e dedicação.
Meu profundo amor.*

*À minha filha querida, Ana Clara,
que me revigora todos os dias com o seu amor e carinho.
Razão de alegria e vida.
Peço-lhe perdão pelas ausências como pai.*

*Aos estimados e ilustres professores do Mestrado,
pelos notáveis conhecimentos transmitidos.*

*“A cada dia que vivo, mais me convenço de que o desperdício da vida
está no amor que não damos, nas forças que não usamos,
na prudência egoísta que nada arrisca.”*

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

Esta produção científica examinou a possibilidade do magistrado conceder de ofício a técnica antecipatória disciplinada no art. 273 do Código de Processo Civil, em razão do contexto da efetividade processual. Para tanto, analisou-se a tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais, enfocando-se a relação tempo e processo, as fases de evolução da teoria processual, a necessidade de interpretação constitucional do ordenamento jurídico e as implicações dos princípios fundamentais no processo. Procurou-se ainda compreender, através do ponto de vista instrumental, o poder-dever do juiz de acautelar e a incidência do princípio da fungibilidade no contorno das medidas de urgências, em defesa da natureza unificada das técnicas assecuratórias e satisfativas. E, por conseguinte, o rompimento do paradigma da ordinarização e da exauriência da cognição, além de visitar o tema em foco no direito comparado, especialmente nos países influenciadores do regime brasileiro. Destacou-se, nesse conjunto, a inadmissibilidade do formalismo pelo formalismo, do tecnicismo processual como óbice à análise criteriosa de cada situação em concreto e à própria garantia da maior eficácia possível à tutela material obtida via instrumento-processo. A reestruturação da tutela antecipada no direito pátrio não poderia ter sido ignorada, mormente quando se busca demonstrar os esforços que, há muito, têm sido envidados em favor de uma prestação jurisdicional mais célere e justa. Foram também analisados alguns entraves formulados pelos que reverenciam a legalidade e a concepção rígida dos institutos processuais, aspectos perfeitamente superáveis em função da exigência da efetividade da tutela jurisdicional. Ao final, dirigiu-se a pesquisa para a averiguação da incidência dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e cooperação intersubjetiva como fatores decisivos ao deferimento da medida de urgência antecipatória, sem o cumprimento da formalidade exigida por lei (pedido expresso do sujeito interessado). Em suma, busca-se, pois, legitimar o juiz – intérprete e operador criativo do direito – a interagir com os demais sujeitos processuais, ponderando os valores e bens em jogo no caso concreto, de modo a atuar autonomamente no processo com vistas à proteção do direito material e da própria utilidade do provimento judicial definitivo. Somente a partir dessa concepção, o instituto da antecipação da tutela cumprirá o seu verdadeiro papel de evitar as dilações indevidas no processo e garantir a materialização do acesso à ordem jurídica justa.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Concessão *ex officio*. Efetividade do processo.

ABSTRACT

This scientific paper examined the possibility of the magistrate to grant, in a discretionary way, the anticipatory technique disciplined in Article 273 of the Brazilian Civil Procedural Code, because of the effectiveness of the procedural context. To accomplish that, the jurisdictional guardianship was analyzed under the fundamental rights perspective, focusing on time and process, the phases of the evolution of the procedural theory, the need for a constitutional interpretation of the laws and the implications of the fundamental principals in the process. It was also necessary to understand, through the instrumental point of view, the judge's power-duty to safeguard and the incidence of the fungibility principal around urgent matters, defending the unified nature of the reassuring and satisfying techniques. And, therefore, the disconnection of the ordinarization and cognition ending, plus assessing this theme under compared law analyzes, especially in the countries that influenced the Brazilian law system. It was highlighted, in this subject, that formalism for the sake of formalism could not be accepted, as well as the procedural technicism as an obstacle to a sound analysis of each concrete situation and the very assurance of the best possible efficiency of the material guardianship obtained via procedural tool. The re-designing of the anticipated guardianship of the parental right could not be ignored, momentarily when one seeks to demonstrate the efforts that, for a long time, have been used to favor a faster and fairer judicial service. Some constraints, written by the ones who pay reverence to legality and a rigid concept of the procedural institutes, have been analyzed, those points are easily surpassed by the need for effectiveness of the legal guardianship. At the end, the research checked the incidence of the proportionality, reasonability and inter-subjective cooperation principals as main factors to the granting of the anticipatory urgency institute, without the necessary lawful formality (express petition by the one interested). Summing everything up, we search, hence, to legitimate the judge – the one who interprets and is a creative operator of the legal system – to interact with the others procedural subjects, thinking of the goods and interests on the line in each case, as to autonomously act in the process aiming the protection of material rights and the very utility of the final ruling. Only from this conception, the anticipatory guardianship institute will fulfill its true purpose which is to avoid improper time dilations in a process and assure justice in a timely manner.

Key-words: Anticipatory guardianship. Ex official concession. Process effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: MODELO PROCESSUAL IMPULSIONADOR DE RESPOSTAS ADEQUADAS, TEMPESTIVAS E ÚTEIS.....	12
1.1. Aspectos preliminares acerca da eficácia e utilidade da tutela jurisdicional: a relação tempo e processo como fator essencial à descoberta de atitudes e medidas garantidoras da efetividade processual.....	12
1.2. As fases de evolução da teoria processual e a necessidade contemporânea de pensar o processo sob a óptica instrumental.....	19
1.3. A adequada inteligência do conteúdo normativo: compreensão e interpretação dos dispositivos processuais numa perspectiva constitucional.....	26
1.4. A importância dos direitos e garantias fundamentais e suas implicações no âmbito processual.....	30
2. O PODER DE ACAUTELAR E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA: VIAS DE CONVERGÊNCIA DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS ASSECURATÓRIAS E SATISFATIVAS.....	44
2.1. Provimentos urgentes de natureza cautelar (medida cautelar e antecipatória): rompimento dos paradigmas clássicos processuais (ordinarização e cognição exaustiva) e respeito à função constitucional do processo.....	44
2.2. O poder de acautelar do julgador e a adoção de medidas processuais satisfativas.....	56
2.3. A flexibilização das técnicas de urgência: instrumento de unificação das medidas assecuratórias e satisfativas e de oposição ao exagerado tecnicismo processual.....	60
2.4. Uma breve análise acerca da experiência de outros ordenamentos jurídicos processuais: as medidas de urgência no direito italiano, português, francês, argentino, uruguaio e nos países provenientes do sistema jurídico da <i>common law</i>	68
2.4.1. Ordenamento Processual Italiano.....	70
2.4.2. Ordenamento Processual Português.....	73

2.4.3. Ordenamento Processual Argentino, Uruguaio e o Código Tipo de Processo Civil para a América Latina.....	74
2.4.4. Ordenamento Processual Francês	75
2.4.5. Ordenamento Processual dos países da <i>common law</i>	77
3. OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE PROCESSUAL, PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA: FUNDAMENTOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA <i>EX OFFICIO</i>	79
3.1. A (re)estruturação da técnica antecipatória no ordenamento processual brasileiro frente à exigência da efetividade da tutela jurisdicional.....	79
3.2. Os supostos entraves teóricos e legais à concessão <i>ex officio</i> da antecipação dos efeitos da tutela.....	83
3.3. Os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e cooperação intersubjetiva como fatores decisivos ao deferimento da medida de urgência antecipatória sem necessidade de requerimento da parte.....	92
3.3.1. Os postulados da proporcionalidade e razoabilidade: normas de proteção ao direito fundamental à efetividade do processo.....	92
3.3.2. O princípio da cooperação ou colaboração intersubjetiva diante da hipótese de utilização <i>ex officio</i> da tutela antecipada.....	102
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

A tomada para si do poder de julgar os conflitos de interesses fez com o que o Estado de Direito vislumbrasse a necessidade de se tutelar constitucionalmente o acesso aos órgãos jurisdicionais e as garantias de ordem processual.

De conseqüência, essa ordem constitucional, decorrente do monopólio da jurisdição, assegurou aos jurisdicionados a garantia da proteção judiciária, da inafastabilidade da jurisdição, o que faz com que toda e qualquer situação de conflito com relevância jurídica tenha que passar pelo crivo da tutela estatal.

Por força da regra insculpida no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, a jurisdição alcança a tudo e a todos, além de garantir a indeclinabilidade da prestação jurisdicional, pois de nada adiantaria a garantia do acesso ao Judiciário, se o juiz, diante do caso concreto, pudesse, por qualquer razão, eximir-se de decidir (*non liquet*).

A extensão dessa regra compreende, também, a ameaça de lesão, a necessidade de imposição de medidas capazes não só de acautelar o direito material ameaçado, mas de inibir a concretização ou a reincidência de atos ilícitos atentatórios ao direito do demandante, mormente quando estão em jogo direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Tal proteção judiciária, garantia das garantias constitucionais, há de ser universal (acessível a todos), adequada, tempestiva e, sobretudo, útil, sob pena de haver denegação da própria jurisdição. É por isso que a efetividade do processo constitui sem sombra de dúvidas um direito fundamental, posto que dela depende a própria garantia de proteção judiciária, o que faz com que os meios de tutela devam ser adequados e hábeis para, de fato, pacificar os conflitos, realizando justiça e assegurando a efetiva tutela do direito material pleiteado.

Neste contexto, o papel das tutelas de urgências, em especial a antecipação dos efeitos da tutela, é de vital importância à concretização de semelhante garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, visto que relacionada, intrinsecamente, com a utilidade das decisões judiciais.

No entanto, a compreensão desta técnica processual – *tutela antecipada* – não pode sofrer restrições de ordem formal ou teórica a ponto de comprometer a sua própria finalidade e, mais grave ainda, afrontar o direito substancial fruto da pretensão da parte que, de certa forma, apresenta-se como detentor do direito mais provável.

Com efeito, a pesquisa visa aprofundar o estudo sobre a possibilidade do magistrado, à luz da efetividade do processo, conceder *ex officio* medida de urgência antecipatória prevista no art. 273 do CPC, contextualizando-a diante do poder de acautelar e

dos princípios da efetividade processual, proporcionalidade, razoabilidade e cooperação intersubjetiva.

O tema será exposto em três capítulos, com suas respectivas seções, além das considerações finais e o rol das referências bibliográficas.

O primeiro capítulo, intitulado “A efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental: modelo processual impulsionador de respostas adequadas, tempestivas e úteis”, discorrerá sobre a relação do tempo com o processo, as fases de evolução da teoria processual, a perspectiva instrumental e constitucional do processo, além de traçar uma visão panorâmica acerca dos direitos e garantias fundamentais, suas dimensões, perspectivas e eficácias, ressaltando, em todo o seu contexto, a dimensão constitucional do processo e a necessidade de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e útil.

O capítulo subsequente realça os aspectos de convergência entre as técnicas processuais assecuratórias e satisfativas, ambos compreendidos na categoria de provimentos urgentes de natureza cautelar, e a flexibilização de tais medidas emergenciais como fator expressivo da necessidade de sistematização de um regime jurídico unificado das tutelas de urgência. Em seguida, destaca-se a experiência de alguns ordenamentos jurídicos processuais alienígenas, a exemplo da Itália, Portugal, França e os países da *common law*.

Por sua vez, o último capítulo trabalhará o tema propriamente dito, analisando a efetividade processual e os supostos entraves teóricos à concessão da antecipação dos efeitos da tutela *ex officio*, realçando, sobretudo, os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e cooperação ou colaboração intersubjetiva como aspectos decisivos ao deferimento de ofício da medida de urgência antecipatória.

No tocante à metodologia, a pesquisa desenvolveu-se com base em material nacional e estrangeiro, compreendendo doutrina, legislação e jurisprudência. Explorou-se, portanto, o tipo de pesquisa bibliográfica (jurídico-doutrinária).

1. A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: MODELO PROCESSUAL IMPULSIONADOR DE RESPOSTAS ADEQUADAS, TEMPESTIVAS E ÚTEIS

1.1. Aspectos preliminares acerca da eficácia e utilidade da tutela jurisdicional: a relação tempo e processo como fator essencial à descoberta de atitudes e medidas garantidoras da efetividade processual

Por força da norma constitucional expressa no art. 5º, inc. XXXV, a prestação jurisdicional alcança a tudo e a todos, jamais podendo ser declinada, pois constitui um verdadeiro alicerce da sociedade civilizada e democrática na solução pacífica e efetiva de seus conflitos sócio-jurídicos.

Essa inafastabilidade da tutela jurisdicional ou universalidade da jurisdição advém da exclusão de outros meios de resolução de conflitos, antes adotados nos primórdios da civilização (autotutela ou autodefesa – justiça privada), e do crescimento de um Estado organizado e onipresente que, por sua vez, possibilita o direito de recorrer à autoridade estatal por meio do direito de ação e da atividade judicante (judiciária).¹

Tal comportamento protecionista do Estado deve, necessariamente, aliar-se aos princípios da isonomia e da dignidade humana, como fins compreendidos na ordem jurídica e social, de modo a realizar em concreto uma efetiva tutela jurisdicional. A extensão de tal princípio ou garantia de resolução de conflitos compreende uma ampla proteção ao direito substancial previsto na norma abstrata, porventura violado ou apenas ameaçado, independentemente da existência ou não de uma relação processual.

Como reflexo desse poder estatal surge a adoção de medidas capazes não só de acautelar o direito ameaçado, mas de inibir a concretização ou a reincidência de atos ilícitos atentatórios ao bem da vida enfocado pelos demandantes, mormente quando o litígio envolver bens invioláveis. A força do comando constante neste princípio é tão intensa que chega a superar “o próprio espírito positivista do legislador constitucional, na medida em que se trata de um princípio inerente ao sistema de tal forma que vem a consagrar definitivamente a almejada manutenção do Estado Social e Democrático de Direito.”²

¹ ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

² GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003, p.120.

À luz do processo interpretativo teleológico, a mesma segurança ou proteção judiciária, garantia das garantias constitucionais, há de ser universal (acessível a todos), adequada, tempestiva e, sobretudo, útil, sob pena de haver denegação da própria jurisdição. Como já se alertou, “a justiça que não cumpre suas funções dentro de um ‘prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.”³

Disto decorre que o debate acerca da efetividade do processo não pode se restringir às considerações estritamente formalistas acerca do acesso à justiça, mormente quando todos os esforços reformistas convergem para a necessidade de uma decisão efetiva, com resultados práticos capazes de modificar substancialmente a situação das pessoas envolvidas no debate judicial – *dimensão teleológica e instrumental do processo*.⁴

O direito à sentença, desse modo, precisa ser visualizado como um direito ao provimento e aos meios executivos adequados e capazes de dar efetividade ao direito material (*direito à efetividade em sentido estrito*), ao procedimento correto, à participação nesse procedimento e à resposta do juiz fundamentada (art. 93, IX da CF).⁵

A ausência de previsão e/ou utilização de técnicas processuais necessárias à garantia da utilidade do provimento final, representa hipótese de omissão que atentará contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e ao próprio fim social e bem comum desejados pela norma jurídica constitucional.

Neste sentido, faz-se necessário que o sistema tome decisões capazes de proporcionar a tutela mais ampla possível ao direito reconhecido, reproduzindo a mesma situação em que se encontrava o direito antes da sua violação, a exemplo do que ocorre com as sentenças eminentemente declarativas e constitutivas que, por sua vez, refletem um alto grau de efetividade ao ordenamento jurídico processual.

Atualmente, as tutelas específicas previstas nos art. 461 e 461-A do CPC (obrigação de fazer, não-fazer ou da entrega de coisa) constituem grande avanço na defesa da autoridade do próprio ordenamento jurídico-material, além de fortes armas em desfavor dos ideais liberalistas de resolução da lide fincadas em aspectos pecuniários.

³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 20 e 21.

⁴ DINARMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 365.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, (28), abril/junho de 2003, p.305.

Semelhante contexto exige a presença de tutelas jurisdicionais diferenciadas⁶⁷, de técnicas processuais adequadas às necessidades concretas, ou melhor, às vicissitudes do direito material⁸, aspectos que serão tratados nas linhas seguintes.

Pode-se dizer que a grande problemática ou crise enfrentada pelo processo e, de conseqüência, pelo Poder Judiciário, diz respeito à excessiva dilação temporal para efetivação das decisões judiciais, ou seja, ao aspecto satisfativo que o Estado-Juiz se comprometeu, constitucionalmente (art. 5º, LXXXV), a oferecer com presteza e utilidade aos que solicitam a prestação jurisdicional.

Um dos adversários do processo, portanto, é o próprio tempo consumido no exercício da função judicante. Todavia, grande parte da comunidade jurídica ainda insiste em tratar como sinônimo de tutela efetiva apenas a atividade judicial respaldada numa cognição exhaustiva (completa), haja vista a impressão proporcionada por ela; um elevado grau de segurança e certeza jurídica, muitas vezes não condizentes com a realidade que se busca, mas tão somente com as circunstâncias sugeridas pelas provas insertas no âmbito processual (verdade hermenêutica⁹).

Com efeito, o grande dilema a ser superado pela jurisdição diz respeito à adequação do tempo consumido para se atingir a tão desejada efetividade, isto é, o uso

⁶ Tratando sobre o tema, o prof. Ricardo Rodrigues Gama, baseado no jurista italiano Proto Pisani, destaca os dois sentidos da expressão tutela jurisdicional diferenciada, quais sejam, *verbis*: “a) procedimentos específicos, os quais são moldados sobre a natureza da relação de direito material, como se dá com as ações de consignação em pagamento, de depósito, de anulação e substituição de título ao portador, de despejo, possessórias, de nunciação de obra nova, de usucapião, de divisão e demarcação de terras, de inventário e partilha, de embargos de terceiro, de divórcio... É importante observar que, aqui, se leva em conta a natureza da relação de direito a ser protegido, permanecendo a cognição plena e exauriente. Assim não é porque a relação de direito material reclama procedimento especial pelas suas peculiaridades que se precisará estabelecer sua sumarização. Aliás, por uma questão de política (escolha do legislador), adota-se ou não este ou aquele procedimento especial (específico). Para ficar mais claro, os procedimentos especiais existentes podem deixar de existir, contudo o direito correspondente será tutelado pelo procedimento ordinário. Como exemplo dessa ocorrência, basta lembrar da ação de imissão de posse, prevista pelo Código de Processo Civil de 1939, com o advento do Código atual. Em tal situação, deixou de existir o procedimento específico, passando esta ação para o procedimento ordinário. A tutela jurisdicional diferenciada seria expressada por procedimentos específicos para tratarem de determinados direitos materiais; b) tutelas sumárias típicas não-exaurientes, as quais têm por objetivo driblar o tempo e garantir o exercício do direito. Com a adoção de tutelas sumárias diferenciadas, nota-se que a cognição do juiz está sendo reduzida e o direito do autor está sendo assegurado de forma mais rápida. Com os aprimoramentos doutrinários dos institutos processuais, são levadas para a lei algumas mudanças que tornam mais efetivo o processo [...]” (*Efetividade do Processo Civil*, Campinas: Bookseller, 2002, p. 13/14).

⁷ Na visão de João Batista Lopes, a tutela jurisdicional diferenciada pode ser conceituada “como o conjunto de instrumentos ou técnicas para fazer o processo atuar eficazmente, em tempo razoável, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica.” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39). Tal definição traduz a intenção adotada neste trabalho em relação a essa expressão.

⁸ MARINONI, *op. cit.*, 2003, p.304.

⁹ Expressão de Joel Dias Figueira Júnior (**Comentários à novíssima reforma do CPC: lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 133).

racional do tempo processual como garantia do direito à tempestividade da tutela jurisdicional.¹⁰

A efetividade do processo está inteiramente ligada ao fator temporal, ao tempo que se passa para garantir o recebimento do direito pretendido pelo autor da ação. Assim, quanto menos tempo se utilizar no processo para a resolução da lide e entrega efetiva do bem da vida perseguido, mais se terá em efetividade, isto é, em eficácia prática da decisão judicial.

O prolongamento irracional do processo afronta o direito fundamental da proteção judiciária, tornando inócuo o provimento final desejado pelo demandante e comprometendo o próprio sistema jurisdicional.¹¹ Há que se equacionar a tensão existente entre o tempo e o processo, a segurança jurídica e a efetividade processual, seja por meio da sumarização de procedimentos ou através de técnicas processuais de menor cognição, favorecedoras de um elevado grau de proteção ao processo, ou de satisfação imediata ao direito substancial da parte.¹²

Nesse diapasão, salienta Zavascki:

O direito fundamental à efetividade do processo - que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça - compreende, em suma, não apenas o direito de invocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.¹³

Não há dúvida que a dilação indevida do processo e o uso irracional do tempo processual acabarão por sacrificar diversos direitos fundamentais do cidadão, dentre eles, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e útil (*eficácia da tutela*), gerando uma descrença profunda da população em relação ao Poder Judiciário, como assegura Marinoni:

A morosidade gera a descrença do povo na justiça: o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento de sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Entretanto, o cidadão tem direito a uma sentença que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável.¹⁴

¹⁰ MARINONI, *op. cit.*, 2003, p. 304.

¹¹ *Idem*. Novas linhas do processo civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 112.

¹² “O tempo é um dos inimigos do Direito, contra qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas.” (CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 412)

¹³ ZAVASCKI *apud* STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental**: a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2003, p.20.

¹⁴ MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 36.

A dor do tempo pode ser considerada o grande mal que acomete a maioria dos cidadãos que suplica a tutela estatal e, por sua vez, se submete à duração patológica do processo. Tal prolongamento irracional acaba por suprimir o direito fundamental da proteção judiciária, vez que tutela ineficaz equivale à tutela denegada – *providência final inócua*. Reconhecer um direito e não lhe dar a tutela adequada é o mesmo que não oferecer tutela ao direito em questão.¹⁵

A propósito, algumas medidas já existentes no ordenamento jurídico processual podem ser tomadas a fim de garantir a efetividade processual e evitar o desgaste da utilidade das decisões em razão do tempo, como é o caso das tutelas de urgência (medidas cautelares e antecipatórias) que, por sua vez, mediante cognição superficial e provisória, conseguem afastar o efeito corrosivo do tempo¹⁶ incidente sobre o direito substancial – *bem da vida* – da parte que se encontra em desvantagem na relação processual.

Importante destacar que o gênero tutela de urgência tem base ou fundamento constitucional, em especial no princípio ou garantia da inafastabilidade da jurisdição, o que atrai as espécies cautelar e antecipatória para um nível de semelhança infinitamente superior às pequenas divergências conceituais e pragmáticas, que parcela da doutrina tende a enfatizar¹⁷.

Como bem observa Gleydson Kleber L. de Oliveira:

Os jurisdicionados são titulares de garantia conferida pela Constituição Federal, pela qual se assegura uma tutela jurisdicional diferenciada – providência sumária de urgência –, a fim de afastar a possibilidade de se tornar ineficaz ou inócua o provimento jurisdicional solicitado no processo principal.¹⁸

Nesse sentido, cada vez mais se evoca a necessidade de utilização de tutelas diferenciadas, a exemplo das medidas de urgência assecuratórias e satisfativas, por constituírem instrumentos de celeridade e efetividade processual desafiadores da envelhecida mentalidade tradicional de resolução dos conflitos pela via ressarcitória.

O mesmo argumento se justifica, com muito mais força, diante da existência de direitos invioláveis (fundamentais), que não se submetem à proteção ressarcitória, e do próprio conteúdo da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional; que não assegura

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Volume São Paulo: RT, 2000, p. 200 (coleção temas atuais de direito processual civil; v. 2).

¹⁶ A expressão “o tempo como fator de corrosão dos direitos” é de Cândido Rangel Dinamarco (**Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55)

¹⁷ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Tutelas de Urgência nos Recursos Extraordinários e Especial. In: Arruda Alvim & ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 210.

¹⁸ *Ibidem*, p. 211.

apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas, principalmente, o acesso à ordem jurídica justa que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de direito¹⁹.

A ausência, portanto, de técnica processual e procedimentos adequados para determinado caso, representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e ao próprio fim social e bem comum desejados pela norma jurídica constitucional. Sob esse prisma, a equidade judicial (art. 127, CPC) deve, necessariamente, ser observada a partir da determinação exposta no art. 5º da LICC, de modo que permita ao julgador, dentre as diversas acepções possíveis da mesma regra jurídica, aplicar a mais razoável e justa ao caso concreto (flexibilização da norma)²⁰.

Todas essas considerações, entretanto, precisam estar aliadas à promoção de um novo método de pensamento aplicado à interpretação dos textos, à análise dos casos concretos e ao próprio sistema processual, de modo a conduzir uma postura mental favorável às idéias instrumentalistas.²¹

Por outro lado, é obrigatório e indispensável entender a utilidade ou efetividade da prestação jurisdicional como direito fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência de direitos e da contrapartida da proibição da autotutela, como vem sendo destacado desde o início.

O magistrado tem o poder-dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde que respeitados a garantia do devido processo legal e seus princípios integradores, a exemplo do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Não obstante a busca incansável por uma crescente efetividade das decisões judiciais, merecem destaque as considerações acerca das limitações e riscos do enfoque de acesso à justiça advertidos por Mauro Cappelletti.

Para ele, jurista responsável pela disseminação dos aspectos essenciais e inerentes à garantia do acesso à justiça, o maior risco desse enfoque consiste na possibilidade de que os procedimentos adotados sobre esse influxo venham a limitar ou até mesmo suprimir garantias fundamentais do processo; em especial o contraditório e a imparcialidade do juiz.²²

¹⁹ ROCHA, *op. cit.*, 2007, p. 42.

²⁰ *Ibidem*, p. 76

²¹ DINARMARCO, *op. cit.*, 2003a, p. 371.

²² CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 161.

Na visão de Bedaque: “[...] as questões eminentemente processuais devem ser reduzidas ao máximo. Apenas se justifica sua prevalência sobre àquelas relativas ao objeto do litígio do processo quando se tratar de exigência que vise à tutela de princípios maiores, como a ampla defesa, o contraditório etc.”²³

Tal respeito às garantias constitucionais relacionadas ao processo não pode, em hipótese algum, ofuscar o que é essencial: o direito substancial previsto na norma abstrata. Eis, portanto, o elemento primordial, o núcleo fundamental de estudo e criação de qualquer mecanismo relacionado à finalidade instrumental do processo.

Nesse ponto, merece destaque alguns fragmentos do texto elaborado pela doutrinadora Tereza Arruda Alvim Wambier acerca do tema tutela antecipada nos tribunais:

[...] A regra, neste caso, é de que tanto faz o meio processual utilizado pela parte porque, na verdade, *se a medida é realmente de urgência, pode-se passar por cima até de regra de competência absoluta.* [...]

A preocupação dos legisladores da reforma foi a de criar antecipação de tutela, foi a de criar o efeito suspensivo para o agravo etc e o que acabou acontecendo é que, hoje, efetivamente existe mais de um caminho para se levar ao *mesmo resultado*. Atualmente, existe, sim, mais de um caminho, dogmaticamente sustentável e adequado para chegar-se a uma mesma determinada finalidade. [...]

Antes da pacificação, ou seja, nisso que eu chamo de zonas de penumbra, deve prevalecer o princípio da fungibilidade. Deve-se privilegiar o que há de essencial, que é o direito da parte.

[...] o que deve acontecer é o que o entendimento dos tribunais e, principalmente, da doutrina – que contribui pesadamente para o rumo das decisões – deve ser no sentido de privilegiar a solução que diminua o fosso existente entre a realidade “real” e a realidade criada pelo processo.²⁴

Para o cidadão comum, destinatário final da atividade jurisdicional, não importa que o processo, enquanto instrumento de exercício da jurisdição e resolução de conflitos, tenha respeitado as formalidades legais e lhe assegurado, formalmente, o objeto da discussão através de decisão irretocável, textualmente falando. A maior expressão de justiça para o mundo real está na eficiência da proteção estatal por meio de resultados práticos provenientes do ordenamento jurídico material. Efetividade que, dentro do possível, deve sempre

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 58.

²⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. A tutela antecipada nos tribunais. In: ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 552, 555 e 557.

restabelecer o *status quo ante*²⁵, coincidindo-se com o cumprimento da norma abstrata, acaso a parte vencida a tivesse espontaneamente respeitado – *processo civil de resultados*.²⁶

1.2. As fases de evolução da teoria processual e a necessidade contemporânea de pensar o processo sob a óptica instrumental

Durante muito tempo, o direito processual fora encarado como mero apêndice do direito civil, restringindo-se aos conceitos de forma e procedimento, concepções que lhe rendiam o título de direito adjetivo em contraposição ao direito substantivo.

Até meados do século XIX, o processo não detinha autonomia científica, havendo um total desprezo à análise específica dos seus institutos ante a valorização exacerbada tanto do direito material quanto do aspecto procedimental do processo – *meio de exercício dos direitos* –, o que, por conseguinte, não permitia a diferenciação entre direito e exercício de direito, direito de ação e direito subjetivo.²⁷

Tal linha de pensamento era denominada de procedimentalista ou sincretista e prevaleceu até o momento em que os alemães começaram a especular com profundidade o binômio ação e processo. Até então, não se diferenciava a relação jurídica processual da relação jurídica de natureza substancial, esta abrangendo àquela, visto que o processo se resumia ao mero praxismo (prática forense) e a uma seqüência ordenada de ato (procedimento).²⁸

Na verdade, a autonomia científica da ciência processual só adveio com a relevante obra de Oskar Von Bülow²⁹, responsável por desenvolver a Teoria das Exceções e

²⁵ Para Dinamarco, está presente a efetividade “onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.” (*op. cit.*, 2003a, p. 365)

²⁶ MARCATO, Antônio Carlos. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_civil.htm. Material da 5ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG, p. 5.

²⁷ As características marcantes dessa fase são descritas por Cleanto Guimarães Siqueira em três itens: “1.ª a ausência de autonomia científica do processo civil, ligado que estava, como apêndice, ao direito civil; 2.ª o apego exagerado ao aspecto externo do processo que é, como veremos, o procedimento (infra, Capítulo 5); e, 3.ª o imanentismo entre a ação e o direito material, como consequência de uma visão privatista do processo civil (infra, Capítulo 3), que não permitia enxergar a diferença entre direitos e exercício de direitos, e entre direito de ação, como provocação da tutela jurisdicional e direito subjetivo, como sendo o resultado da conjugação dos vetores fático e normativo.” (SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 29).

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. pp. 42/43. Destaca-se nesse sentido a polêmica travada entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther em torno da *actio* romana.

²⁹ Na perspectiva de Bülow: “O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-

dos Pressupostos Processuais, editada em 1868, na qual entende o processo como relação jurídica intersubjetiva, mantida entre três sujeitos – *autor, réu e juiz*. Os estudos do jurista alemão apresentam uma sistematização de princípios, categorias e institutos próprios (exceções e pressupostos processuais), até hoje predominantes na doutrina jurídica.

Essa segunda fase metodológica, conhecida como autonomista ou conceitual, destaca-se pelo surgimento das bases teóricas, das construções científicas a respeito do processo que impulsionaram os estudos e o florescimento das teorias sobre o direito de ação.³⁰

A partir desse período, dava-se início à compreensão do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica, um processualismo científico realçado pela Escola Italiana de Direito Processual, compostas pelos juristas italianos Chiovenda, Callamandrei, Carnelutti e Liebman, que bastante influenciou a estrutura do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.³¹

O processo, como relação jurídica e entrelaçamento de direitos, obrigações, faculdades e ônus processuais entre autor, réu e juiz, subsistiria ainda que comprovadamente declarada a inexistência do direito material afirmado por aquele que provoca a proteção estatal. Este, pois, o grande avanço obtido por essa linha de pensamento que, mesmo não atendendo os anseios atuais de reaproximação do direito material ao direito processual, em

se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. [...] A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.

Porém, nossa ciência processual deu demasiada transcendência a este caráter evolutivo. Não se conformou em ver nele somente uma qualidade importante do processo, mas desatendeu precisamente outra não menos transcendente ao processo como uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes. Destacou sempre unicamente, aquele aspecto da noção de processo que salta aos olhos da maioria: sua marcha ou adiantamento gradual, o procedimento; unilateralidade que tem sua origem na jurisprudência romana da Idade Média e que foi favorecida pela concepção germânica do direito. Fez-se, lamentavelmente, da palavra “processo” um monumento imperecível e um ponto de apoio muito difícil de abater. Quem pretender extrair da idéia da palavra, será levado, desde o princípio, pela expressão “processo” a um caminho, se não falso, bastante estreito.” (BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN, 2005, pp. 6-7).

³⁰ Além dessa teoria que predomina entre os processualistas nacionais e estrangeiros, cabe destacar outras concepções acerca do processo, extremamente relevantes e que contribuíram para o desenvolvimento da ciência processual, quais sejam: i) *processo como situação jurídica*: criada pelo jurista Tedesco James Goldschmidt, cujas idéias reproduziram inúmeras críticas, quase todas absorvidas pelos defensores da teoria dominante; ii) *processo como instituição jurídica*: idealizada por James Guasp e acolhida, inicialmente, pelo notável processualista uruguaio Eduardo Juan Couture, posição que se destacou apenas pelo relevo histórico; iii) *processo como categoria jurídica autônoma*: o processo não se enquadraria em nenhuma outra categoria reconhecida pelos doutrinadores, pois seria um instituto jurídico diverso de todos os demais componentes da ciência jurídica; iv) *processo como procedimento em contraditório*: segundo o jurista italiano Elio Fazzalari, do gênero ‘procedimento’, pode-se individualizar a espécie ‘processo’, desde que admitida a participação de todos aqueles cuja esfera jurídica possa ser atingida pelos efeitos do ato final (contraditório); v) *processo como entidade complexa*: destaca-se pela junção da teoria de Bülow (relação jurídica) e Fazzalari (procedimento em contraditório), tendo dentre os seus defensores, o notável processualista Cândido Rangel Dinamarco. (Cfr. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. 1, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 139/143).

³¹ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 24.

detrimento da supervalorização do tecnicismo, deve sempre ser ressaltada como fator importante no aprimoramento e ascensão do direito processual como ciência.

Inquestionável, então, que a autonomia adquirida pelo processo contribuiu para o distanciamento da sua finalidade nuclear, tornando-o auto-suficiente e aquém da realidade social, ao mesmo tempo em que favoreceu os ideais de um Estado liberal, método de pensamento homenageado pelo nosso Código de Processo Civil de 1973, no qual se destaca a separação entre processo cognitivo e de execução e o enfraquecimento da ingerência do magistrado na situação jurídica exposta no processo cognitivo.³²

A visão do processualista Luiz Gustavo Tardin traduz com precisão a realidade deste período:

O processo cautelar, por seu turno, em que pesem as considerações a serem tecidas mais adiante, acabava sendo utilizado como paliativo à ausência de *imperium* do magistrado no curso do processo de conhecimento. O que importava, nessa seara, era colocar o magistrado num patamar de neutralidade tal que só poderia providenciar alterações na realidade fática após alcançar segurança jurídica. Era o princípio da *nulla executio sine titulo*.³³

De qualquer modo, notável desenvolvimento culminou em uma espécie de exacerbação dos institutos processuais em desfavor da própria finalidade do instrumento judicial. Disso decorreu o surgimento de inúmeras dificuldades e críticas impostas ao modo de ser da dogmática processual, atraindo novas perspectivas no sentido de reduzir esse embate epistemológico e pragmático entre a relação jurídica processual e material.

Surgiu, então, a fase instrumentalista, que a cada dia vem tomando fôlego na luta pela efetividade da jurisdição como meio de acesso à ordem jurídica justa e cumprimento da sua missão de instituir um sistema jurídico capaz de produzir justiça concreta entre os membros da sociedade. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco: “Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse do estudo das grandes matrizes constitucionais do sistema jurídico processual.”³⁴

De fato, o novo ponto de vista metodológico supervaloriza o princípio da instrumentalidade das formas e reaproxima o processo ao direito material, conscientizando-o dessa real interdependência e do seu papel instrumental a serviço da ordem jurídica, palavras de ordem há muito arrematadas por Enrico Tullio Liebman. Senão, vejamos:

³² TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

³³ *Ibidem*, p. 30.

³⁴ CINTRA, *op. cit.* p. 43.

[...] A ordem jurídica, portanto, é constituída de dois sistemas de normas distintos e coordenados, que se integram e complementam reciprocamente: aquele das relações jurídicas substanciais, representado pelos direitos e obrigações correspondentes, conforme as várias situações em que as pessoas venham a encontrar-se; e o do processo, que fornece os meios jurídicos para tutelar e fazer atuar o sistema dos direitos. Seria contrário à realidade pretender hoje absorver um no outro; mas seria também pouco concludente discutir qual dos dois sistemas é, do ponto de vista lógico, prioritário: nós os vemos em situação paritária, necessários e complementares um ao outro. Sem o processo, o direito seria deixado à boa vontade dos homens e seria grande o risco de que fosse desobedecido; e o processo sem o direito seria um mecanismo constringido a girar em vão, privado de conteúdo e de finalidade.³⁵

A adoção dessa postura de pensamento diferenciada tende a neutralizar ou relativizar os conceitos de segurança jurídica e a própria necessidade de se reproduzir, através do processo, decisões judiciais ‘absolutas’, fundadas apenas em cognição exaustiva, o que muitas vezes não reflete a realidade do caso concreto.

Abre-se, desse modo, os caminhos de construção e desenvolvimento de um novo debate acerca do real sentido das expressões “acesso à justiça”, “ordem jurídica justa”, “garantias processuais”, “sentença efetiva”, dentre outras que Cappelletti traçou nitidamente nas três ondas renovatórias delineadas em sua obra já referenciada.³⁶

Nessa ordem de idéias, Paulo Ricardo Schier explicita que:

[...] no quadro das epistemologias contemporâneas não há mais espaço para verdades absolutas, inquestionáveis e universais. O espaço do “nós pensamos” toma lugar do autoritário “penso, logo existo”. A ciência deixa de ser o lugar do solitário investigador para se tornar o *locus* do diálogo.³⁷

A doutrina contemporânea pensa o processo através dessa ótica instrumentalista, cuja finalidade maior é efetivar o direito material por meio de técnicas e procedimentos céleres, úteis e adequados à relação jurídica material levada à apreciação do judiciário, respeitadas, naturalmente, todas as garantias e princípios constitucionais.³⁸

Insta observar que a adaptação do procedimento – *aspecto de exteriorização da relação jurídica processual* – ao caso concreto é algo fundamental para essa perspectiva, como destaca Fredie Didier Jr.:

Prestigia-se o princípio da adaptabilidade do procedimento. Nada impede, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso

³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1. Tocantins: Intelectos, 2003, p.135.

³⁶ Modernamente se fala na *lógica razoável*, doutrina desenvolvida por Recanséns Siches, que se interessa em combater os apegos às formulas frias da lógica formal, em favor de critérios flexíveis, mais favoráveis a justiça (princípio da razoabilidade ou proporcionalidade).

³⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 45.

³⁸ TARDIN, *op. cit.* p. 34.

concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material. Trata-se de visão já apregoada por Calamandrei, a partir da reforma processual civil italiana da metade do século passado, e que vem ganhando muita força no direito brasileiro. De fato, criam-se técnicas que permitem ao magistrado adaptar o procedimento, iniciado o feito.³⁹

Insistir numa dinâmica processual independente e afastada do conteúdo das regras substanciais impostas à sociedade constitui grande equívoco que necessita de imediata correção, sob pena de se fomentar um retrocesso nos avanços obtidos pela ciência processual e, principalmente, pelos valores constitucionais advindos de um Estado de cunho socialista e democrático.

Com efeito, as regras jurídicas como um todo, sejam de caráter processual ou material, precisam ser espelho da realidade e das circunstâncias que permeiam os avanços e anseios sociais contemporâneos, como sustenta a civilista Maria Helena Diniz ao tratar do método interpretativo teleológico da norma:

A técnica teleológica, assentando que o escopo e a razão da lei são indicados pelas exigências sociais, conduz à compreensão de que o fim prático da norma coincide com o fim apontado pelas exigências sociais (fim social), tendo-se em vista o bem comum. Por isso deverá o intérprete e aplicador atender a mudanças socioeconômicas e valorativas, examinando a influência do meio social e as exigências da época, ao desenvolvimento cultural do povo e aos valores vigentes na sociedade atual.⁴⁰

A esse respeito, pondera Miguel Reale que: “toda interpretação jurídica é de natureza teleológica fundada na consistência valorativa do direito, operando-se numa estrutura de significações e não isoladamente, de modo que cada preceito normativo significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.”⁴¹

Pode-se dizer, então, que o ângulo teleológico acaba por reconduzir a uma reflexão sobre os escopos sociais, políticos, culturais e jurídicos da própria jurisdição, tendo o processo como mecanismo que faz valer tais finalidades.⁴²

Dentro dessa etapa de evolução da teoria processual, não se tem mais destaque a lógica da ordinarização do procedimento e do princípio da *nulla executio sine titulo*, regras completamente ultrapassadas quando se vislumbra um processo civil de resultados. Necessária, portanto, a adoção de um sistema diferenciado de tutela de direitos que possibilite

³⁹ DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41/42.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução do código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 158.

⁴¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 287 e 289.

⁴² TARDIN, *op. cit.* p. 35.

uma ampla participação dos sujeitos processuais, em especial do intermediador e condutor desta relação jurídica (juiz), pois é dele o papel de escolha dos instrumentos adequados que darão efetiva resposta à parte que tem razão.

Trata-se, na visão de Bedaque de:

[...] tomar consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual. O reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica.⁴³

Como restou consignado em linhas anteriores, o processo constitui meio de atuação coercitiva do direito material e a sua otimização depende, assim, de uma maior proximidade às regras de conduta imposta ao meio social, pois é através dele que o Estado detém o poder de dirimir os conflitos intersubjetivos de interesses de forma civilizada.

Todos esses apontamentos demonstram a imprescindibilidade da fase instrumental como uma das premissas do presente estudo⁴⁴, mormente quando se quer justificar a aplicação irrestrita da proteção judiciária e, especificamente, do princípio da fungibilidade no âmbito das tutelas de urgência, cujo resultado sobressalta os pontos convergentes das medidas assecuratória e antecipatória, bem como a possibilidade de adoção de regras gerais aplicadas a ambas as espécies.

Atualmente, a necessidade de racionalização do processo tem provocado incontáveis alterações no diploma processual e na própria mentalidade dos operadores jurídicos que se preocupam em dar agilidade e efetividade às decisões judiciais, reaproximando o fenômeno processual ao direito substancial e aos princípios e garantias insertos na Constituição Federal.⁴⁵

O desejo incessante por um modelo processual impulsionador de respostas jurisdicionais adequadas e efetivas tem como alicerce fundamental o ordenamento jurídico mantenedor do Estado Democrático de Direito, em especial a garantia das garantias

⁴³ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006a, pp. 14/15.

⁴⁴ Para o grande processualista BEDAQUE: “O caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito.” (**Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.11.). Em igual sentido, Daniel Roberto Hertel afirmar que: “Na verdade, hoje, qualquer estudo de Direito Processual que estiver apartado da concepção instrumental estará fadado à inutilidade.” (HERTEL, Daniel Roberto. *Perspectiva do Direito Processual Civil Brasileiro*. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Ed. Dialética, nº 42, p. 20-30, setembro/2006).

⁴⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 48.

constantes no inc. XXXV do seu art. 5º e o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e seus corolários, os quais estabelecem o acesso à ordem jurídica justa.

Conforme Bueno, é o plano constitucional que delimita, impõe, molda e contamina o modo de ser do processo, a forma de exercício do poder estatal, enquanto que as normas infraconstitucionais – *plano técnico do processo* – servem apenas para cumprir as garantias delineadas no âmbito constitucional.⁴⁶

É imperioso ressaltar, também, a importância do princípio da razoável duração do processo estabelecido no inc. LXXVIII do art. 5º da CF/88, formalmente introduzido através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, segundo o qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Como decorrência lógica do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, esse princípio tem grande relevância na contribuição da racionalidade da atividade jurisdicional e, por conseguinte, no comprometimento das instâncias julgadoras em utilizarem variadas técnicas processuais que promovam a celeridade do julgamento, isto é, um processo civil sem dilações indevidas, expressão que se conforma perfeitamente com as espécies do gênero tutela de urgência, ora em análise.

Nesses termos, pensar o ordenamento jurídico processual como instrumento de efetivação plena das normas substanciais requer a adoção de mecanismos hábeis a afastar os males do tempo, objetivo quase sempre não alcançado pelo método tradicional de cognição exaustiva.⁴⁷ Assim, permitir ao magistrado a regulação da lide de forma provisória é tarefa essencial e garantidora de uma tutela jurisdicional efetiva, provida de utilidade prática.

Eis, portanto, o árduo desafio da processualística moderna: equilibrar a convivência entre os princípios da segurança jurídica, celeridade e efetividade processual, sem criar óbices ao resultado desejado pelo direito material. Repensar e revisitar o sistema processual na busca de soluções compatíveis com os anseios sociais de justiça e de efetividade torna-se tarefa inesgotável para todos os operados do direito. Dentro desse contexto, o papel das tutelas de urgência tem fundamental importância na concretização de tais desígnios.

⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4. Adiante, pontifica o processualista que: “[...] além de o processo ter de ‘ser’ conforme o modelo constitucional do processo, ele deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à realização concreta de valores e situações jurídicas que lhe são exteriores.” (p. 5).

⁴⁷ TARDIN, *op. cit.* p. 41.

1.3. A adequada inteligência do conteúdo normativo: compreensão e interpretação dos dispositivos processuais numa perspectiva constitucional

A prática forense revela que, apesar das inúmeras modificações implementadas no ordenamento processual pátrio, todas direcionadas à condução do processo aos trilhos da sua efetiva instrumentalidade, a grande maioria das decisões judiciais não se enquadram num ideal de justiça concebido por esse momento vivenciado pela ciência processual, já que se limitam a expor ilações provenientes de mera interpretação gramatical das normas, da simples aplicação da letra fria da lei, como se o direito fosse algo dissociado da realidade, afastando o processo de sua finalidade essencial e, por conseguinte, elevando o grau de descrédito na própria função judicante do Estado.

A busca pelo equilíbrio entre a segurança jurídica e a celeridade processual, como já ressaltado, é o norte que atormenta os processualistas atuais e ao mesmo tempo alimenta a idealização de novos institutos ou técnicas direcionados à proteção da utilidade dos provimentos jurisdicionais. Para tanto, as regras jurídicas de caráter processual não podem conviver em separado do plano concreto, consubstanciado nas normas materiais, sob pena de entrar em rota de colisão com os princípios inspiradores do acesso à ordem jurídica justa.

É necessário especial cuidado dos aplicadores do direito para que não fiquem presos à simples interpretação gramatical e ao rigor de fórmulas, a exemplo do que acontecia no período do excessivo formalismo romano, mas percebam a finalidade prática dos preceitos normativos processuais, bem como seu envolvimento com outros sistemas jurídicos normativos, em especial o constitucional.

Neste passo, parece de fundamental importância uma breve incursão sobre a atitude interpretativa do julgador, até porque a questão de fundo dessa pesquisa pretende demonstrar a incongruência de uma visualização restrita do conteúdo exposto no art. 273 do CPC frente aos princípios e garantias constitucionais e as exigências do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A rigor, toda atitude interpretativa caminha no sentido daquilo que é compreensível, ou seja, inteligível em sentido concreto, posto que as significações de determinados valores ou valorações só podem ser comprovadas quando confirmadas no plano concreto.

Desse modo, o sistema jurídico só pode se afirmar como uma ordem – *estrutura de valores e referências* – na medida em que é compreensível e interpretável em direção a concretude das realidades humanas. Trata-se de algo indissociável à própria concepção

jurídica do termo interpretação que corresponde à necessidade de uma adequada inteligência dos textos legais.⁴⁸

Com efeito, é o processo interpretativo que conduz o intérprete ao verdadeiro sentido e alcance das significações contidas nas normas jurídicas e acaba por enriquecê-las em seu autoconhecimento, como adverte Nelson Saldanha, ao tempo em que questiona:

Uma ordem sem a interpretação, o que seria? O peso de um bloco de formas, regularidades, correlações. Na vida social, um conjunto rígidos de regras, de práticas e de obediências: é a imagem das “utopias” autoritárias clássicas inclusive as de Platão e de Morus. É muito difícil imaginar esta regularidade perfeita e sem questionamentos, sem a dúvida nem a problematização (*hic optime manebimus*). Sobretudo no mundo moderno, já que para o caso dos povos mais antigos sempre se presume que viveram longos tempos debaixo de autocracias inamovíveis e sem crítica interna. A idéia de uma ordem sem interpretação corresponde a uma ausência de “mudanças” e portanto constitui, de certa forma, um conceito-limite. As significações que se acham contidas na ordem, e que lhe dão um sentido, são a própria matéria da interpretação. Entende-se a ordem através delas, e se elas existem, a interpretação é sempre possível.⁴⁹

Toda essa linguagem hermenêutica de integração ao contexto real das relações humanas implica numa reaproximação das normas materiais às normas de caráter processual (perspectiva instrumentalista) e insuficiência do método gramatical como meio exclusivo para uma adequada aplicação do direito, embora toda e qualquer interpretação não a exclua. A par dele, devem transitar os métodos teleológico, axiológico, sistemático, dentre outros que favoreçam a obtenção de resultados satisfatórios (providências tempestivas, adequadas e úteis), do ponto de vista prático, aos conflitos submetidos ao judiciário.

Acerca do assunto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece que:

[...] a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. [...] Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermeneuta, *sempre* um objetivo que serve para controlar até as conseqüências da previsão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).⁵⁰

A exigência teleológica contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁵¹ reclama da ciência processual um maior esforço na produção de resultados convenientes,

⁴⁸ SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 244/245.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 248.

⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 2001, p. 289.

⁵¹ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

justos e adequados à preservação dos valores e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal e que dão sustento ao próprio ordenamento jurídico como um todo.

À luz de tal consideração, assume o intérprete e aplicador das normas processuais o compromisso de adaptá-las às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação, ainda que para isso seja necessário enquadrá-las a hipóteses fáticas e jurídicas não contempladas pela letra da lei.

De outro turno, os métodos interpretativos precisam ser guiados por uma inteligência baseada no texto constitucional a fim de proporcionarem legitimidade e justiça nas decisões advindas de suas implicações. Em outras palavras, faz-se necessário que o resultado da operação exegética seja uma interpretação conforme à Constituição, isto é, uma interpretação aliada às opções valorativas fundamentais previstas na Carta Magna (hermenêutica constitucional).⁵²

Mas, para o cumprimento de tal premissa, exige-se a percepção da existência de uma interdependência entre as diversas normas da ordem constitucional, de um sistema interligado que favoreça uma maior integração social e eficácia das normas, sobretudo dentro de uma perspectiva avançada condizente com as circunstâncias advindas da evolução social e favorecedora da aplicação de técnicas e procedimentos normativos atuais que, por sua vez, garantam a efetividade e permanência harmônica do sistema normativo constitucional.⁵³

Cabe ao operador do direito compreender, interpretar e empregar, indispensavelmente, os princípios da interpretação constitucional traduzidos, em síntese, no parágrafo anterior, quais sejam: princípio da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da força normativa da Constituição, da conformidade funcional, da interpretação conforme a Constituição e da concordância prática ou da harmonização (proporcionalidade).⁵⁴

Este catálogo de princípio tópicos da interpretação constitucional relaciona-se na visão de Canotilho:

[...] com a necessidade sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativo no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação

⁵² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.39.

⁵³ *Ibidem*, p. 40-42.

⁵⁴ Classificação formulada por Konrad Hesse (*in Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Muller, 1984, pp. 26-28), secundado, em língua portuguesa, por José Joaquim Gomes Canotilho (**Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 175-178).

conforme a constituição) e princípios jurídicos-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, suscetíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade).⁵⁵

Como bem explana Calmon Dantas: “Se já restou configurada a existência das condições que são próprias a uma constitucionalização dos ramos do direito, não seria o direito processual, ou o processo, refratário a essa eficácia irradiante das normas constitucionais.”⁵⁶ A associação com as normas de cunho constitucional faz sobrelevar o processo para além da sua concepção tradicional (garantia), caracterizando-o como sede de reconhecimento e concretização das normas materiais e, principalmente, dos direitos fundamentais.

Dentro de tal perspectiva, possível é admitir que os provimentos satisfativos constituam verdadeiras normas de observância indispensável ao ordenamento jurídico ante a exigência constitucional de efetividade do devido processo legal, razão pela qual se conformam com tais princípios a possibilidade do intérprete do direito, à luz do caso concreto, não obstante a exigência formal do requerimento da parte interessada, conceder medida de urgência antecipatória quando apenas presentes os seus requisitos essenciais – *prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação (hipótese do inciso I do art. 273 do CPC)* –, desde que indispensável à proteção do direito material e à efetividade da tutela definitiva.

A compreensão constitucional dos dispositivos processuais de proteção dos direitos é algo que vai além do contido nos textos escritos e que toca o ponto essencial da construção normativa e, de conseqüência, reverbera a intenção concreta buscada pelas reformas processuais e pelos princípios fundamentais insertos, formal ou materialmente, na ordem constitucional.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1186.

⁵⁶ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental à Processualização*. In: Fredie Didier Jr. *et al* (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 382. Acrescenta o autor que: “[...] a constitucionalização do processo apenas se caracteriza pela existência de um regime constitucional do processo; ou seja, não basta a mera referência a alguns institutos e algumas garantias processuais de forma tópica e enunciativa, fazendo-se mister a consagração sistemática do processo que viabilize a identificação de um regime jurídico-constitucional – ainda que não seja, evidentemente, exauriente ou mesmo minudente –, vinculante para os órgãos de soberania no exercício, também processual, das suas funções e competências constitucionais.” (p. 388).

1.4. A importância dos direitos e garantias fundamentais e suas implicações no âmbito processual

Antes mesmo do exame acerca dos contornos e influências dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico e seus reflexos no âmbito processual, revela-se imprescindível a compreensão preliminar do significado e abrangência da expressão direitos fundamentais.

É possível constatar, seja no âmbito legal, doutrinário ou jurisprudencial, uma confusão terminológica acerca da aceção dos direitos fundamentais, ora rotulados como direitos humanos, direitos do homem, direitos do cidadão, liberdades fundamentais, dentre outros termos semanticamente diversificados. Nesse contexto, insere-se a Constituição Federal brasileira que, por diversos instantes, refere-se aos direitos fundamentais através de denominações diversas, a exemplo das expressões direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).

Por questão de conveniência para melhor compreensão do assunto, convém expor as aceções de alguns estudiosos acerca dos direitos fundamentais, iniciando por Ingo Wolfgang Sarlet, o qual se manifesta no sentido de que os direitos humanos apresentam conteúdo mais abrangente, por dizer respeito àquelas posições jurídicas reconhecidas ao ser humano, independentemente do seu relacionamento estreito com determinada ordem constitucional, demonstrando uma índole universal, supranacional (internacional), enquanto que o termo *direito fundamentais* aplica-se aos direitos do ser humano perfilhados e positivados no ordenamento constitucional de determinado Estado.⁵⁷

Na perspectiva de José Afonso da Silva, direitos humanos constitui expressão contida em documentos internacionais, ao tempo em que considera direitos fundamentais do homem a terminologia mais adequada quando se estuda a teoria dos direitos fundamentais, pois:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁵⁸

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 33/34.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp.180/183

Atribui como sinônimo as denominações “direitos fundamentais da pessoa humana” ou “direitos fundamentais”.

Sobre o assunto, o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho considera os direitos fundamentais em duas vertentes: formalmente constitucionais e materialmente fundamentais. A primeira denominação diz respeito àqueles direitos consagrados e reconhecidos pela constituição, ou seja, protegidos por normas formalmente constitucionais, enquanto que a segunda aponta para direitos fundamentais assegurados em normas de aplicação no âmbito internacional, não revestidas de formalidade constitucional.⁵⁹ As duas designações utilizadas pelo jurista visualizam os direitos fundamentais como direitos positivados, diferenciando-os apenas no tocante ao âmbito de incidência (nacional ou internacional).

Estabelecendo uma distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, a partir de suas origens e significados, Canotilho discorre que:

[...] **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁶⁰

Dentre os autores que tentam conceituar a categoria jurídica dos direitos fundamentais, destaca-se Gregório Peces-Barba Martinez que, em capítulo exclusivo da sua obra, trata da aproximação lingüística entre os termos: direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais e direitos fundamentais, para ao final justificar sua escolha pela última denominação.

Ressalta, preliminarmente, que nenhum destes termos constitui expressão pura de uma decisão lingüística, visto que todos têm conexões culturais e explicações derivadas de um contexto histórico espelhado em interesses, ideologias e posições científicas ou filosóficas de fundo comuns.⁶¹

Contudo, assevera que a expressão *direitos fundamentais* é a forma lingüística mais precisa e adequada ao fenômeno dos direitos em apreço, pois compreende tantos os pressupostos éticos como os componentes jurídicos, sem incorrer nos reducionismos

⁵⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, 1996, p. 528.

⁶⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 387.

⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III, 1999, p.22.

jusnaturalistas ou positivistas, razão pela qual a linguagem tradicional dos juristas lhe atribui uma dimensão vinculada ao seu reconhecimento constitucional ou legal. Em arremate, acrescenta que os direitos fundamentais significam:

la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.⁶²

Abordando os fundamentos dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli define-os como sendo os direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas e cidadãos, tendo como características essenciais e distintivas de todos os demais direitos, a forma universal de sua imputação aos respectivos titulares e o seu estatuto composto de regras gerais e abstratas de caráter indisponível e inalienável.⁶³

Observando as ponderações sustentadas por esses estudiosos nacionais e estrangeiros, nota-se que, em todas elas, não obstante a conexão histórica e ideológica das acepções apresentadas, emerge um elemento comum integrante do conceito de direito fundamental, que o diferencia das demais denominações aproximadas, qual seja: a sua manifestação positivada através de um dado ordenamento jurídico. Esse reconhecimento dogmático dos direitos fundamentais constitui condição essencial à confirmação do Estado de Direito Constitucional, cuja razão de ser consubstancia-se através da preservação do valor expresso na norma principal da dignidade da pessoa humana.⁶⁴

Como acentua Galindo: “Todos os direitos fundamentais são direitos humanos, mas nem todos os direitos humanos se tornam fundamentais [...]”⁶⁵ De fato, a locução *direitos humanos ou direitos do homem* tem uma amplitude conceitual distinta, pois se refere

⁶² PECES-BARBA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp.36/37: “a relevância moral de uma idéia que compromete a dignidade humana e seus objetivos de autonomia moral, e também a relevância jurídica que converte os direitos em norma básica material do Ordenamento, e é instrumento necessário para que o indivíduo se desenvolva na sociedade todas as suas potencialidades. Os direitos fundamentais expressam tanto uma moralidade básica como uma juridicidade básica.” (tradução livre)

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Antônio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, pp.291/292.

⁶⁴ LAMY, *op.cit.*, 2007b, p. 14.

⁶⁵ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 48/49.

a todo e qualquer direito imanente à pessoa humana, independentemente de ser positivado ou não. A positivação é característica exclusiva dos direitos ditos fundamentais.⁶⁶

É a partir da compreensão exposta por Peces-Barba Martinez e do aspecto ora delineado que a expressão direitos fundamentais será utilizada no decorrer do presente trabalho.

Dada sua importância imanente à estrutura normativa de qualquer sistema jurídico, a Constituição Federal pátria, particularmente, confere proteção especial aos direitos fundamentais, seja quando evidencia que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º) ou quando os relacionam no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF/88).⁶⁷

Ao lado de tal fundamentalidade formal, os direitos fundamentais apresentam um aspecto material que se encontra perfeitamente delimitado no § 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal dispositivo tem repercussão sobre toda a estrutura do Estado e da sociedade, de modo a permitir que outros direitos, ainda que não expressamente previstos no bojo da Carta Magna, sejam considerados direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material⁶⁸, aspecto perfilhado por Canotilho.

De outra parte, é oportuno ressaltar que os direitos denominados de fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto faculdades ou poderes de que os indivíduos são titulares (dimensão subjetiva), mas, principalmente, do ponto de vista coletivo, posto que irradiam valores ou fins que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e estabelecem para o Estado um dever de proteção destes direitos mediante construção de normas de proibição ou de imposição de condutas (dimensão objetiva).

Semelhante perspectiva, ou melhor dizendo, *eficácia irradiante*, se liga à idéia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida societária e que as

⁶⁶ GALINDO, *op. cit.*, p. 49. O referido autor entende com o mesmo significado as expressões direitos humanos e direitos do homem, somente as distinguindo dos direitos fundamentais, pois estes se referem àqueles direitos positivados constitucionalmente.

⁶⁷ Considerando os conceitos de normas, princípios e regras, Lamy leciona que: “Os direitos fundamentais não se confundem com as normas através das quais são tutelados, pois tais direitos dizem respeito aos conteúdos daquelas. Se uma norma jurídico-positiva protege o direito à vida, por exemplo, diferencia-se do direito à vida propriamente dito, na medida em que existe para a sua proteção, para a proteção do seu objeto – que é a vida – com o qual não se confunde”. (*Op. cit.*, 2007b, p. 20)

⁶⁸ MARINONI, *op. cit.*, 2003, p. 298.

necessidades coletivas são relevantes para a conformação do âmbito de validade desses direitos, podendo justificar restrições, desde que respeitados o núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.⁶⁹ Constituem, assim, a base fundamental de toda ordem jurídica.

Para Daniel Sarmento, a idéia de projeção dos direitos fundamentais significa:

[...] que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.⁷⁰

Acrescenta, ainda, que:

Sob esse prisma, passa-se a entender que não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente contra agressões e ameaças providas de terceiros. Além disso, caberá também ao Estado assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs. Ademais, o Estado tem o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos de um modo que propicie a proteção e efetivação mais ampla possível aos direitos fundamentais.⁷¹

O texto acima expressa o imensurável potencial irradiante dos direitos fundamentais, a exigir não só atitudes de proteção estática, idêntica à promessa contida na norma, mas um ativismo concreto por parte dos que devem lutar contra qualquer ato violador ou ameaçador destes direitos. Disto provém o dever de assegurar condições materiais e tecnológicas adequadas à efetivação daquelas normas fundamentais, dentro de uma dimensão prestacional.

Ao lado das dimensões subjetiva e objetiva, contextualiza-se, ainda, a eficácia dos direitos fundamentais em sua ótica vertical e horizontal. A primeira, também conhecida como eficácia em relação a terceiros ou eficácia privada, incide sobre as relações entre o Poder Público e os particulares enquanto que a segunda sobre as relações entre particulares.⁷² E é devido à eficácia irradiante, antes referenciada, e ao próprio dever de proteção do Estado que se sustenta à imbricação entre os direitos e garantias fundamentais e as normas jurídicas em geral, mesmo aquelas destinadas a regulamentar tão somente as relações privadas.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **A Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria.[s.n.t], p. 256.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 279.

⁷¹ *Idem*. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.107.

⁷² MARINONI, *op. cit.*, 2003, pp. 300/301.

A abordagem, ainda que superficial, sobre tais aspectos serve para reforçar a idéia de que os direitos fundamentais, apesar de apresentarem forte conteúdo axiológico, não se restringem à esfera da abstração e da metafísica, devendo ser enquadrados num conceito normativo de abrangência ilimitada.⁷³

A essas prerrogativas materiais de caráter abstrato e genérico, alia-se a necessidade de consciência de meios ou instrumentos eficazes e efetivos de concretização, ou seja, de garantias de proteção e fruição daqueles atributos.

A noção de garantia fundamental nasce do próprio reconhecimento constitucional dos direitos em apreço que, por conseguinte, exige, em contrapartida, a previsão de expedientes capazes de assegurar ao titular do direito a sua aplicação em concreto. É o que Guerra Filho convencionou de *dimensão processual dos direitos fundamentais* (aspecto da garantia), numa visão menos idealista e mais realista, “onde se tem direitos de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente, fundamentais.”⁷⁴

Arrola como exemplo de garantias fundamentais⁷⁵ os princípios do contraditório e o direito de ação, aos quais poderíamos acrescentar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, da ampla defesa, do devido processo legal, da instrumentalidade das formas, da adaptabilidade do procedimento às vicissitudes do direito material, além de outros de mesma índole.

Dentre todas as descritas, destaca-se, de modo especial, àquela referente ao direito de exigir ações de proteção por parte do Estado, bem assim a garantia assegurada pelo art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, o qual consagra o princípio da proteção judiciária universal como verdadeiro alicerce de uma sociedade democrática na solução de seus conflitos sócio-jurídicos.

Ao explicitar que a lei não pode excluir eventual lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, o referido dispositivo constitucional está também a garantir, de modo enfático, o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva (princípio da efetividade processual).

⁷³ GALINDO, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁴ GUERRA FILHO, *op. cit.*, 1999, pp. 26/27.

⁷⁵ Abordando a árdua tarefa de diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, Galindo explicita que: “A idéia de direitos fundamentais está associada a prerrogativas de todos os cidadãos, enquanto que a idéia de garantias fundamentais está ligada à questão dos meios utilizáveis para fazer valer aqueles direitos, ou seja, salienta-se o caráter material dos direitos fundamentais e o caráter instrumental das garantias fundamentais.” (*op. cit.*, p. 50). Sumariamente, poder-se-ia afirmar que os direitos fundamentais representam bens, enquanto que as garantias, instrumentos que asseguram a fruição desses bens – caráter acessório. (Jorge Miranda *apud* GALINDO, p. 50).

A fundamentalidade inserta em todo e qualquer procedimento judicial faz crer que “O processo é um instrumento fundamental para a eficácia dos direitos fundamentais, pois é através dele que se pode cogitar da realização desses direitos quando é necessária a intervenção estatal para isso.”⁷⁶

Não menos importante é o entendimento de que é o Estado de Direito Constitucional, por meio da Carta Magna, que expressa os princípios político-constitucionais conformadores do Estado e os princípios jurídicos informadores da ordem jurídica nacional⁷⁷, o que viabiliza a assertiva de que todos os princípios vetores do direito processual possuem sede constitucional.

Ressaltando a autoridade dos direitos fundamentais no sistema jurídico alemão, Alexy destaca quatro elementos identificadores da sua presença no ordenamento:

- a) *máxima atuação ou hierarquia dos direitos fundamentais*: exsurge da própria regulação constitucional, o que implica dizer que toda norma jurídica infringente deve ser declarada inconstitucional e nula;
- b) *máxima força jurídica dos preceitos fundamentais*: característica correspondente à vinculação e ao compromisso das esferas estatais na efetivação de tais direitos (controle jurisdicional pleno). Nas palavras do jus-filósofo alemão: “[...] vale decir que cada juez debe tener en cuenta en cada decisión los derechos fundamentales. Estos deben irradiar al Derecho en su totalidad como valores o juicios de valor objetivos (objektive Wertentscheidungen).”;⁷⁸
- c) *máxima importância do objeto*: reproduz a idéia de que somente pela via dos direitos fundamentais se decide acerca da estrutura básica da sociedade, a exemplo da garantia da propriedade, da liberdade contratual, da liberdade de opinião e religiosa, da proteção da vida e da integridade física, o direito ao meio ambiente dentre outros; e
- d) *máximo grau de indeterminação dos direitos fundamentais*: elemento tradutor da forma concisa e vazia das declarações integrantes dos textos constitucionais que, por sua vez, encontra sentido concreto através da interpretação.⁷⁹

⁷⁶ GALINDO, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁷ CANOTILHO *apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 64.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el estado constitucional democrático. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Alfonso García Figueiroa. Madri: Trotta, p.34: “[...] vale dizer que todo juiz deve levar em consideração os direitos fundamentais no momento de cada decisão. Estes devem irradiar o Direito em sua totalidade como valores ou juízos de valores objetivos (objektive Wertentscheidungen).” (tradução livre)

⁷⁹ *Ibidem*, pp.32/33.

Não obstante a relevância singular de cada elemento apresentado, merece particular atenção o referenciado na alínea “b” (*máxima força jurídica dos preceitos fundamentais*), pelo fato de constituir regra de conduta a ser obedecida por todas as esferas de poder, especialmente o Judiciário, pois é dele que emana a garantia de proteção e cumprimento dos princípios fundamentais decorrentes da Magna Carta.

Em tal cenário, destaca-se com vigor a importância das normas aperfeiçoadoras do ordenamento jurídico pátrio (princípios), essencialmente no que tange à resolução dos conflitos de interesses obtida via relação jurídica processual, visto ser nos princípios que se situam as normas de direitos fundamentais. Eis a razão da utilização do termo postulado como sinônimo de princípio, a indicar uma norma que estrutura a incidência das demais.⁸⁰

Aguirre afirma que é através do Estado Social Democrático de Direito e do ingresso dos princípios no texto constitucional, com sua superioridade hierárquica sobre as regras, que o sistema meramente protecionista transforma-se num de garantias instrumentais, ampliando, gradualmente, o espaço de criatividade do operador do direito em prol da concretização dos princípios constitucionais.⁸¹

É a partir dessa essencialidade ou fundamentalidade do sistema de princípios e regras que Canotilho defende a possibilidade de compreender a constituição como sistema aberto de regras e princípios.⁸²

Tal força normativa dos princípios constitucionais os diferencia daqueles destacados na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º – princípios gerais do direito⁸³). Estes são utilizados para fundamentar decisões ante a omissão ou lacuna legislativa ao passo que os princípios positivados têm aplicação obrigatória e não subsidiária.

Por oportuno, convém, sucintamente, introduzir essa temática no contexto da diferença entre normas que são regras daquelas que são princípios, adotando para tanto as acepções ministradas pela doutrina contemporânea de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Na acepção clássica, os princípios constituíam mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos em diversas normas ao mesmo tempo em que serviam de caminho de interpretação e integração, revestindo-se de um grau de generalidade, abstração e conteúdo axiológico superior ao das regras. A par disso é que o positivismo atribuía-lhes uma

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.166.

⁸¹ AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. **Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.170.

⁸² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1126.

⁸³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

função meramente subsidiária e supletiva na ordem jurídica, não lhes reconhecendo o caráter de norma jurídica, mas apenas de meio de integração do Direito, cuja utilização limitava-se às hipóteses de lacuna.⁸⁴

Atualmente, tal pensamento não mais prevalece, haja vista o consenso acerca da idéia de que os princípios são verdadeiramente normas de cunho jurídico com amplo campo de atuação e irradiação. Essa característica essencial, também presente nos direitos fundamentais, permite a sua inserção no ambiente de outras normas, inspirando e condicionando a sua interpretação.⁸⁵

Nas palavras do jurista alemão Robert Alexy:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.⁸⁶

Avançando na discussão que se propõe, cabe declarar que é na obra de Ronald Dworkin, intitulada *Taking Rights Seriously*, publicada em 1977, que se encontra o marco fundamental da distinção moderna entre princípios e regras.

Insurgindo-se, vigorosamente, contra o positivismo pelo fato desse modelo de pensamento ignorar o papel indispensável dos princípios jurídicos, Dworkin refere-se ao modo aberto de argumentação permitido pela incidência dos princípios, distintamente das regras que, por sua vez, são regidas sob a fórmula do tudo ou nada.

Para ele, presente os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ou é considerada inválida em razão da incidência de outra regra, de modo que, em havendo colisão, uma delas deve ser afastada e declarada inválida. Aplicam-se aqui os critérios clássicos de resolução de antinomias, quais sejam, hierárquico, cronológico e de especialidade, os quais servirão para a escolha da regra que incidirá ao caso em detrimento da outra.⁸⁷

⁸⁴ SARMENTO, *Op. cit.*, 2006, p.60.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 62. Destaca o autor: “Como afirmou Zagrebelsky, se o ordenamento não contivesse princípios e fosse composto apenas por regras, seria vantajoso substituir todos os juízes por computadores, diante do automatismo do processo de aplicação do direito.” (pp. 61-62)

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83: “Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com as expressões deónticas básicas do comando, a permissão e a proibição. Os princípios, assim como as regras, são fundamentos para juízos concretos do dever ser, mesmo diante de casos muito diferentes. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas.” (tradução livre).

⁸⁷ ÁVILA, *Op. cit.*, p. 36.

Em sentido oposto encontram-se os princípios que se utilizam da dimensão de peso para fornecer fundamentos à decisão a ser proferida no caso concreto. Tal característica sobreleva-se diante da colisão entre dois princípios aplicáveis à mesma hipótese fática, caso em que o conflito será solucionado levando em consideração o peso relativo de cada princípio em relação às circunstâncias concretas que presidem o fato. Aqui não há falar em exclusão ou validade de uma das normas, mas sim em ponderação de valores (interesses) e cessão do espaço de incidência, sem que isso afete a consistência sistêmica da ordem jurídica.

Partindo destas considerações, Alexy desenvolve um conceito mais preciso, segundo o qual os princípios encerram deveres de otimização aplicáveis em vários graus de acordo com as possibilidades normativas e fáticas.

Considera o jurista alemão que, para a estrutura das normas de direito fundamental, a distinção mais importante é aquela entre regras e princípios, por constituir a base de fundamentação jusfundamental da teoria dos direitos fundamentais, além de ser uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática desses direitos. Não obstante a existência de inúmeros critérios de distinção entre regras e princípios, considera que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que a medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica e jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁸⁸

Em complemento às idéias centrais da sua teoria, assevera o doutrinador germânico, inspirado em Dworkin, que o conflito entre regras é solucionado de maneira totalmente distinta da colisão entre princípios, pois, na primeira hipótese, utiliza-se uma regra de exceção ou se reconhece a invalidade de uma delas, enquanto que, para a segunda, aplica-

⁸⁸ ALEXY, *Op. cit.*, 1997, pp. 86/87: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente gradação e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras contrapostas. Diversamente, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fáctica e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é, portanto, uma regra ou um princípio.” (tradução livre).

se a dimensão de peso. Isso em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, se sobreporá ao outro ou cederá espaço para o outro. Daí a afirmação de que: “Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”⁸⁹

Na verdade, é a partir da ponderação do caso concreto que se permitirá a incidência da proporcionalidade, norma provida de capacidade para ditar a melhor solução ao embate entre princípios, desde que levados em consideração três critérios simultaneamente: a adequação (postulado do meio ideal), a necessidade (postulado do meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dito). Tal juízo de ponderação de bens, como se vê, não se submete ao controle exclusivo de critérios de lógica formal, mas sim de uma lógica do razoável, expressão cunhada por Recanséns Siches.

Há, portanto, uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, de modo que um implica no outro. Assim, enquanto os princípios são tidos como verdadeiros mandatos de otimização, a proporcionalidade constitui mandato de ponderação e relativização das possibilidades jurídicas de realização da norma.⁹⁰

Relacionando os pontos tratados com o direito à tutela jurisdicional efetiva, Marinoni afirma:

Frise-se que os direitos fundamentais têm natureza de princípio. Assim, se os princípios constituem mandatos de otimização, dependentes das possibilidades, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (por exemplo) – que então pode ser chamado de princípio à tutela jurisdicional efetiva – também constitui um mandato de otimização que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto, dependendo somente de suas possibilidades, e assim da consideração de outros princípios ou direitos fundamentais que com ele possam se chocar.⁹¹

Como se infere dos contributos extraídos dos doutrinadores modernos, a difusão desse novo paradigma pós-positivista, delineado pela essencialidade dos princípios jurídicos, oferece um instrumental metodológico mais próximo e compatível com a atuação e o desenvolvimento do direito processual contemporâneo, sobretudo, no sentido de tornar

⁸⁹ ALEXY, *Op. cit.*, 1997, p. 89: “Os conflitos de regras se solucionam através da dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – está além da dimensão de validade, na dimensão de peso.”(tradução livre).

⁹⁰ *Ibid*, p. 112. A análise mais detalhada sobre o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios será realizada no último capítulo deste estudo.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 228.

perfeitamente viável uma interpretação da realidade circunstancial atenta à realização dos fins e valores defendidos pela totalidade do ordenamento jurídico.⁹²

Postas nesses termos, qual seja, a distinção entre princípios e regras, cumpre realçar a importância das normas de direito fundamental no âmbito da constituição e seus reflexos na relação jurídica processual.

Não há dúvidas de que a plasticidade inerente aos princípios contribui para a flexibilização da própria Constituição, tornando-a mais aberta às adaptações decorrentes das mudanças sociais e, principalmente, aos conteúdos morais substantivos.⁹³

Sem embargo, esse universo de valores acaba muitas vezes sendo ofuscado pela tradição de formalismo e legalismo do nosso ordenamento jurídico, algo repudiado nos dias atuais, mormente por aqueles que pensam e atuam em defesa da plenitude das garantias fundamentais relacionados ao processo – *instrumento de efetivação dos direitos* –, a exemplo do processualista Marinoni, como bem destacado acima.

Impende notar que o caráter prospectivo do direito processual constitui elemento do fenômeno jurídico pós-moderno e advém da própria dinamicidade do direito que, por decorrência lógica, exige do legislador e do intérprete aplicador do direito a progressiva utilização de fórmulas normativas genéricas, a exemplo dos princípios constitucionais, com estruturas flexíveis propensas a adaptar-se aos novos tempos, de modo a acompanhar a evolução histórico-social dos direitos fundamentais.⁹⁴

Nesse campo de atuação das normas fundamentais, evoca-se a necessidade de uma tutela constitucional do processo, conforme demonstrado precedentemente, e que, por sua vez, assegure a integração dos institutos do direito processual com os princípios e fundamentos decorrentes da própria ordem constitucional, bem como reforce o sistema de garantias e direitos do cidadão. Daí o motivo destas normas configuradoras não serem elencadas como objeto de emenda constitucional, conforme teor do art. 60, § 4º, IV, da CF, pois constituem parte do núcleo fundamental da Constituição.

Firmada essa premissa, não há como o operador jurídico desvincular-se da dimensão constitucional do processo, principalmente quando se relaciona com os direitos fundamentais, já que estes se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado, que os consagra, deve organizar-se e atuar. O distanciamento do estudo dos institutos

⁹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 43.

⁹³ SARMENTO, *op.cit.*, 2006, pp. 65/66.

⁹⁴ SOARES, *op. cit.*, pp. 24 e 27.

do processo de outros ramos do direito e, em particular, do direito constitucional torna-o um tedioso e estéril cômputo de formalidades e de termos.⁹⁵

Desse estreito relacionamento entre a constituição e o processo surge, assim, a idéia de que a Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos de aplicação dos preceitos e garantias que ela própria contém e projeta sobre o ordenamento jurídico. A tutela jurisdicional assume seu verdadeiro papel de resolução prática e efetiva dos problemas jurídicos expostos, resultado advindo da incidência de um núcleo de direitos fundamentais posicionados sobre uma base procedimental adequada ao direito material a ser tutelado.⁹⁶

Defende-se, portanto, a idéia de um direito fundamental à processualização que decorreria da própria estrutura do Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento constitucional republicano – art. 1º, III, CF/88) – *resultado da dimensão processual inerente aos direitos fundamentais* –, tendo como vértice axiológico o devido processo legal e constitucional. Nas palavras de Calmon Dantas:

[...] além de meio de defesa e de garantia, caracteriza-se, portanto, como forma de efetivação e realização dos direitos fundamentais, portanto um caráter emancipatório, destinando-se a viabilizar a participação aberta e dialógica da sociedade no que respeita à formulação de políticas públicas e no planejamento da ação estatal no que concerne aos direitos fundamentais, notadamente quando envolva questões de colisão de direitos fundamentais e a reserva do possível.⁹⁷

Em semelhante espírito, dada a importância das normas fundamentais ao estudo dos institutos do processo, impõe-se a necessidade de adequação do processo aos preceitos constitucionais, dos quais deve ser sempre retirada a maior carga de eficácia possível.

O ato de solicitar a prestação jurisdicional implicará, então, sempre num dever ao Estado-juíz de assegurar ao titular do direito o gozo definitivo e integral do benefício pleiteado, ainda que para tanto tenha que dispor de técnicas processuais sem provocação do sujeito interessado, sobretudo nos casos circunstanciais de urgência, ponderando sempre as pretensões materiais envolvidas na lide em função das garantias fundamentais inerentes ao processo, dentre as quais se destaca o princípio da proteção judiciária, ou melhor, o princípio fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Esse direito fundamental respeitante ao processo, exigência impostergável da jurisdição pós-moderna, outorga ao juiz o dever de extrair das regras processuais a

⁹⁵ CANOTILHO *apud* GUERRA FILHO, *op. cit.*, 1997, p. 65.

⁹⁶ LAMY, *op. cit.*, 2007b, p. 32.

⁹⁷ DANTAS, *op. cit.*, pp. 420/421.

potencialidade necessária para conferir efetividade a qualquer direito material, bem assim a obrigação de suplantar qualquer obstáculo em desfavor da efetiva tutela jurisdicional.

Percebe-se, assim, uma reestruturação dos institutos processuais e do papel da tutela jurisdicional em função da forte carga de influência exercida pelos direitos fundamentais, de modo que não se afigura razoável, segundo essa perspectiva constitucional, desprezar a aplicação de técnica processual adequada à proteção de determinado bem jurídico pelo simples fato de se encontrar ausente a formalidade exigida pela norma. Aceitar isso equivale a violar a própria efetividade do processo elevada a direito fundamental, por força da garantia da inafastabilidade da jurisdição.

2. O PODER DE ACAUTELAR E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA: VIAS DE CONVERGÊNCIA DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS ASSECURATÓRIAS E SATISFATIVAS⁹⁸

2.1. Provimentos urgentes de natureza cautelar (medida cautela e antecipatória): rompimento dos paradigmas clássicos processuais (ordinarização e cognição exaustiva) e respeito à função constitucional do processo

A crise enfrentada pela atividade jurisdicional constitui, sem sobra de dúvidas, terreno fértil de atuação daqueles que defendem a perspectiva constitucional das normas processuais, bem como os ideais instrumentalistas de resgate da finalidade essencial do processo e da própria legitimidade do Poder Estatal perante os que buscam auxílio e proteção aos seus direitos.

Como já destacado, assume particular relevo o problema do tempo necessário à realização concreta das normas substanciais, através da atividade processual, aspecto que retira do primeiro plano o modelo procedimental clássico fundado em cognição completa, haja vista não responder de maneira eficaz à proteção imediata exigida por determinadas circunstâncias que permeiam o caso concreto.

Observa Edson Alvisi Neves que a morosidade do processo constitui o maior obstáculo ao acesso à ordem jurídica justa, tendo o procedimento padrão (ordinário) parcela de responsabilidade por camuflar a incoerência de o ônus temporal do processo recair sempre sobre o autor.⁹⁹

⁹⁸ De acordo com a prof^a. Teresa Arruda Alvim Wambier, a doutrina processual tem adotado diversas acepções em torno da expressão “satisfatividade” quando do trato de provimentos jurisdicionais concedidos no curso do processo, antes ou depois da prolação da sentença. Nesse sentir, alguns estudiosos denominam de satisfativa a medida judicial caracterizada pela irreversibilidade no plano empírico enquanto outros compreendem e relacionam a expressão ao exaurimento do objeto da demanda e prescindibilidade de decisão ulterior ou prosseguimento do processo. Uma terceira corrente traduz satisfatividade como a identificação entre os efeitos práticos produzidos pela medida incidental e os almejados pela tutela jurisdicional definitiva ou final, isto é, pela coincidência, total ou parcial, entre os efeitos advindos do provimento incidental e os produzidos quando da concretização do comando sentencial, caso acolhida a pretensão material. Nessa última linha de raciocínio, o bem da vida objeto da postulação principal é concedido à parte antes da decisão final de mérito, o que gera a identificação, no plano empírico da utilidade (realização existencial do direito postulado), entre o obtido pelo demandante no curso da demanda e o pretendido ao final do processo. A idéia exposta pela terceira acepção demonstra que a satisfatividade enseja o adiantamento ou antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional principal, definitiva (Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. *In* Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997, p. 536). Ressalto que a expressão utilizada neste trabalho espelha o entendimento da última corrente doutrinária.

⁹⁹ NEVES, Edson Alvisi. Aspectos relevantes das tutelas de urgência. **Revista Jurídica**, São Paulo: Notadez, nº 324, p. 82, outubro/2004.

Assim, se é certo que a filosofia do Estado Liberal, voltada à proteção do mercado e ao respeito à igualdade formal, instigou o distanciamento entre processo e direito, padronizando o procedimento, com mais razão é possível declarar que o Estado de bases sociais e democráticas permite a realização de caminhos inversos, relativizando o binômio direito-processo em prol de uma atividade jurisdicional efetiva, não preocupada apenas com a certeza jurídica e as garantias do contraditório e da ampla defesa, mas com provimentos urgentes, provisórios e adequados às circunstâncias materiais litigiosas, independente do grau de cognição exigido para cada situação jurídica.

É nesse contexto que Barbosa Moreira pontifica que “não são raras as hipóteses em que a inevitável demora da prestação jurisdicional é capaz simplesmente de inviabilizar, pelo menos do ponto de vista prático, a proteção do direito postulado, por mais certo que se afigure.”¹⁰⁰

Desse modo, a questão da celeridade e da urgência na atividade de julgar toma corpo e assume grau de destaque para os que pensam o processo na perspectiva do direito fundamental a efetividade da jurisdição.

Ao analisar cientificamente o tema em debate, o mesmo autor assinalado, referindo-se à sistemática desenvolvida pelo jurista italiano Proto Pisani, em sua obra intitulada *Appunti sulla giustizia civile*, assinala que a urgência pode está ligada:

i) ao risco de que desapareçam elementos necessários à efetividade do processo, antes do momento oportuno em que normalmente se viria a lançar mão deles, a exemplo da única ou principal testemunha que se encontra com estado de saúde abalado; ou

ii) à própria natureza ou função essencial do direito invocado, o que não comporta mínima dilação para o seu cumprimento, consoante ocorre na esfera das relações jurídicas de caráter não patrimonial (v.g.: direitos da personalidade) ou até mesmo nas situações jurídicas patrimoniais de extrema importância à vida das pessoas, como é caso dos alimentos e do salário.¹⁰¹

Adiante, o mesmo autor classifica em dois grupos as técnicas utilizadas no enfrentamento do problema da duração indesejada dos pleitos judiciais, quais sejam¹⁰²:

i) *sumarização do procedimento*: abrange as providências que imprimem rapidez ao itinerário processual, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz e das garantias fundamentais dos litigantes – *contraditório, ampla defesa, coisa julgada material* –, como

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. Curitiba: **Gênese** – Revista de Direito Processual Civil. n. 28, p.286-297, abril/junho de 2003.

¹⁰¹ PISANI *apud* MOREIRA, 2003, pp. 286/287.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 287/288.

ocorrer quando da criação de ritos especiais ou abreviação eventual do próprio rito ordinário (v. g.: procedimento sumário, juizados especiais¹⁰³ e julgamento antecipada da lide); e

ii) *sumarização da cognição*: concretiza-se através de medidas de cortes no exame completo da matéria litigiosa, seja para assegurar a eficácia da providência jurisdicional definitiva ou promover, através de um juízo de probabilidade favorável ao autor, o adiantamento provisório dos efeitos finais do pleito judicial. Essa técnica também ocorre em procedimentos onde o contraditório é eventual, como acontece na ação monitória, na qual a discussão do crédito só existirá caso o réu apresente embargos (art. 1.102c, CPC).¹⁰⁴

É justamente essa segunda classificação que interessa ao presente estudo, pois é nela que se enquadram as medidas de urgência de caráter assecuratório e satisfativo, técnicas indispensáveis dentro da concepção de procedimentos ágeis, rápidos e de compasso ajustado ao ritmo de uma sociedade moderna e complexa.¹⁰⁵

Tal assertiva, entretanto, não rebaixa a importância do processo desenvolvido por meio de cognição plena e exaustiva, pois como bem acentua Kazuo Watanabe, em trabalho específico sobre o assunto, este seria o modelo mais seguro de resolução dos conflitos de interesse, uma vez que está revestido de todas as garantias constitucionais e amplos meios de discussão da matéria em questão.¹⁰⁶

Por outro lado, incontestemente a tendência do sistema jurídico processual em conceber, amiúde, tutelas jurisdicionais diferenciadas (providimentos de urgência cautelares e antecipatórias) como forma de reduzir a crise enfrentada pelo direito e se adequar à nova visão do fenômeno processual como instrumento, cuja utilidade é medida em função dos

¹⁰³ Atualmente, a realidade forense, pelo menos aqui no Estado de Pernambuco, demonstra que os juizados especiais não conseguem mais atingir o nível de produtividade esperada e os próprios objetivos expostos na Lei n.º 9.099/95, qual seja, o de ativar uma prestação jurisdicional efetiva por meio de um procedimento célere baseado nos princípios da informalidade, oralidade e razoável duração do processo.

¹⁰⁴ Barbosa Moreira assevera que no direito brasileiro contemporâneo, a tutela de urgência abre-se em leque diversificado, podendo ser classificada da seguinte maneira: i) medidas puramente cautelares, como as de produção antecipada de prova; ii) medidas cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados suscetíveis de cessação: concessão de alimentos a título provisório; iii) medidas cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados definitivos: demolição de prédio em ruína iminente, para resguardar a segurança pública (art. 888, VIII, CPC); iv) medidas antecipatórias fundadas no art. 273 ou em regra especial inserta em lei extravagante (imissão de posse – Dec.-lei n.º 3.365, art.15) (*Op. cit.*, 2003, p. 293).

¹⁰⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 170.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 166. O autor ressalta que a cognição pode ser examinada em dois planos diversos: o horizontal, que diz respeito à extensão, à amplitude; e o plano vertical (profundidade). E esclarece que, no plano horizontal, a cognição está limitada aos elementos objetivos do processo (as questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito), podendo ser plena ou limitada (parcial), segundo a extensão permitida, enquanto que no plano vertical, a cognição pode ser classificada segundo o grau de profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta). Acrescenta a existência de uma cognição intitulada eventual, forma mais tênue e rarefeita que se apresenta no processo de execução (pp. 127-128).

benefícios assegurados ao titular de um interesse resguardado pelo ordenamento jurídico material.

Na verdade, a postura declinada surge a partir da conscientização de que o processo não é um fim em si mesmo e só terá valor desde que produza resultados concretos e efetivos ao jurisdicionado e a todo o ordenamento jurídico.¹⁰⁷

A crescente complexidade social faz com que a ciência processual passe a conviver com uma diversidade de direitos, muitos dos quais ainda sem proteção adequada. No dizer de Arenhart:

[...] a perspectiva de direito material, no plano da sociedade contemporânea, apresenta duas significativas características: em primeiro lugar, a realidade moldou, de maneira diferente, direitos clássicos, tradicionalmente manipulados pelo processo; em segundo lugar, a sociedade moderna faz surgir novos direitos, anteriormente impensáveis e próprios da comunidade hodierna.¹⁰⁸

O aparecimento desses novos direitos demanda uma tutela com traços mais específicos. Por isso, busca-se uma correspondência entre o direito e a tutela judicial, uma previsão de mecanismos adequados de proteção do interesse sustentado por quem requer a resposta jurisdicional do Estado. E, para tanto, faz-se necessário que os operadores jurídicos conscientizem-se de que a tutela jurisdicional clássica, prestada mediante procedimento ordinário, não se presta à proteção das relações jurídicas materiais surgidas em meio às contemporâneas contingências sociais.

É preciso reconhecer que os modelos clássicos adotados pela ciência processual não conseguem atender efetivamente determinadas situações jurídicas do mundo moderno. Destaca-se, nesse ambiente, os chamados direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos, ou seja, as demandas de massa.

O direito à tutela jurisdicional, como já ressaltado, preconiza não só o direito de provocar a jurisdição, mas o direito a obter uma prestação jurisdicional que proporcione um procedimento, meios de defesa, provimento e cognição adequados à natureza do direito que se quer tutelar. Nas palavras de Barbosa Moreira: “em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006a, p.16.

¹⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 15.

¹⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 6, n.º 13, p. 1-7, set/out 2001, p. 03.

Entende-se por cognição adequada àquela visualizada pelo julgador em função das peculiaridades do caso concreto, das reais necessidades verificadas no plano material, não constituindo exagero a assertiva de que tal entendimento faça parte do conceito do princípio do juiz natural.¹¹⁰ É a técnica, adequada ao objeto e com vistas ao resultado, que realça a imprescindibilidade da idealização do processo a partir do direito material.¹¹¹

A conscientização do caráter ético da ciência processual e da necessária identidade ideológica entre processo e direito substancial é o primeiro passo favorável à evolução do processo em face do atendimento de seus escopos.¹¹²

Entretanto, de nada adianta promover a tutela jurisdicional adequada à realidade jurídica material se ela chegar tarde ao seu destinatário. Em razão disso, pondera Tardin:

[...] uma das formas de atingir essa cultuada e perseguida efetividade é se implementando técnicas que permitam ao juiz interferir na realidade fática antes do julgamento da causa. Para operacionalizar esse ideal de processo efetivo, adota a legislação processual a técnica da tutela antecipada e cautelar, as chamadas tutelas de urgência.^{113 114}

Como é cediço, a concepção do processo cautelar, nos moldes instituídos pelo Livro III do Código de Processo Civil, não permite, em tese, que o magistrado promova atos judiciais de regulação provisória da lide, ou seja, atos de satisfação, de realização prática do direito substancial a ser deduzido (cautelar preparatória) ou já exposto na demanda principal (cautelar incidental). A sua finalidade, segundo a doutrina majoritária, é tão somente a de conferir efetividade a outra tutela jurisdicional, seja de conhecimento ou de execução¹¹⁵, garantindo meios externos à eficácia do julgamento definitivo (atividade acessória).

¹¹⁰ WATANABE, *op. cit.*, pp. 74/75. Afirma o autor que (p. 74): “A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável.”

¹¹¹ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006a, p. 19.

¹¹² DINAMARCO, *op. cit.*, 2003a, p. 35.

¹¹³ TARDIN, *op. cit.* p. 44.

¹¹⁴ Nesse diapasão, Marinoni: “É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual alguns imaginavam que ela não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos ‘novos direitos’ e que também tem que entender – para cumprir a sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de CALAMANDREI, sistematizando as providências cautelares.” (**Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 211)

¹¹⁵ Nesse sentido, vide Lúcio Grassi de Gouveia (*in* A antecipação de tutela na execução. **Revista da ESMape**, Recife, vol. 6, n. 14, p. 311-330, julho/dezembro de 2001).

Nesse contexto, até meados de 1994, as medidas de urgência dentro do ordenamento brasileiro resumiam-se aos provimentos de natureza cautelar e às liminares previstas nas ações possessórias ou em legislação especial.

Porém, a necessidade de se extirpar a falsa idéia de que somente as decisões de mérito, submetidas a procedimento ordinário de cognição exaustiva, produzem segurança e justiça no caso concreto, noção consubstanciada no princípio da *nulla executio sine titulo* –, fora crescendo diante das inúmeras situações jurídicas expostas ao Poder Judiciário, que cada vez mais almejavam respostas jurisdicionais rápidas de cunho satisfatório e não apenas assegurador.

A inefetividade do procedimento clássico ordinário fez com que a prática forense utilizasse a via da ação cautelar como técnica de sumarização do processo e obtenção dos efeitos finais da tutela definitiva, transformando o art. 798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva e eficaz.¹¹⁶

As medidas cautelares satisfativas, assim chamadas, surgiram como uma solução pragmática ante a necessidade de se proporcionar resposta rápida e oportuna a determinadas pretensões incompatíveis com a demora natural do processo. Como acentua Satta, o “direito, mas ‘qualquer’ direito, não deve ser lesado, nem ser deixado lesar-se pela inexistência de uma tutela imediata”.¹¹⁷ Nessa linha orienta-se Carreira Alvim, para quem não podiam ficar ao desamparo as pretensões, que, por exigirem presteza no provimento jurisdicional, se mostravam incompatíveis com o procedimento ordinário nos moldes clássicos.¹¹⁸

Buscava-se, portanto, através de tais técnicas, contornar a deficiência de um modelo universal de processo de cognição exaustiva, com o propósito de obter resultados imediatos e urgentes. Em determinadas situações, contudo, acabavam por antecipar integralmente os efeitos materiais da decisão definitiva, tornando desnecessária a propositura da ação principal, pelo simples fato de exaurirem completamente a tutela pretendida no caso concreto.

Essa suposta distorção ou descaracterização da natureza jurídica da tutela cautelar, fruto da exigência por celeridade e efetividade na tutela dos direitos, pressionou o ordenamento processual civil brasileiro a estabelecer, de forma ampla e genérica, o instituto da tutela antecipada, inserida no nosso sistema jurídico por força da Lei n.º 8.952/94 (art. 273 do Código de Processo Civil).

¹¹⁶ MARINONI, *Op. cit.*, 2001, p. 210.

¹¹⁷ SATTÁ *apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p.14.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

Insatisfeitos com o desvirtuamento do provimento cautelar (art. 798 do CPC), o legislador, em conjunto com a doutrina brasileira, impôs uma “nova” categoria jurídico-processual de tutela de urgência – *já existente e atuante, cabe ressaltar*.

Na verdade, o mérito das alterações propostas está no rompimento do paradigma liberal do processo e oficialização da existência da antecipação de tutela no direito brasileiro, ampliando e generalizando a aplicação do instituto, que já existia e era utilizado antes mesmo do advento da citada lei.

Inúmeros são os dispositivos legais que, implícita ou expressamente, acolhiam a antecipação dos efeitos da decisão final, total ou parcialmente, a exemplo dos que estão presentes na ação possessória (art. 928 e 929 do CPC), na ação de nunciação de obra nova (art. 937 do CPC), na ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio (art. 1.071 do CPC), na ação de embargos de terceiro (art. 1.051 do CPC), na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia (Dec.-Lei 911/69, art. 3º, ‘f’), na ação de mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II), na ação de desapropriação (Dec.-Lei 3.365/41, art. 15), na ação popular (Lei 4.717/65, art. 5º, §4º), na ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 12), na tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (Código de Defesa do Consumidor, art. 84, §3º), nas liminares previstas na Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91, art. 59, §1º), nas medidas provisionais (art. 888 do CPC), dentre outros.

A nova redação do art. 273 do CPC, por sua vez, desencadeou inúmeras discussões no cenário jurídico acerca da diferença entre a tutela cautelar e a antecipatória. Não obstante serem espécies do gênero tutela sumária de urgência, o que, naturalmente, atrairia a atenção para os pontos de convergência, a doutrina e a jurisprudência majoritária evidenciavam, preferencialmente, as diferenças relacionadas aos seus pressupostos e objetivos.¹¹⁹

Segundo a opinião dominante, a tutela cautelar teria a finalidade exclusiva de assegurar a realização de uma pretensão, enquanto que a tutela sumária antecipatória realizaria a própria pretensão de direito material. Em outros termos, a primeira técnica processual de urgência apresentaria natureza acessória em relação à demanda principal, protegendo-a contra os efeitos nocivos do tempo. A segunda modalidade de medida de urgência visaria à proteção do interesse material em conflito que se apresenta verossímil.

Na tentativa de evidenciar as peculiaridades próprias das medidas de cunho cautelar e antecipatório, as confrontações sublinhadas pela maioria dos doutrinadores

¹¹⁹ Nesse aspecto, o Prof. Dinamarco discorre: “E à moderna ciência processual, avessa a conceitualismos e prioritariamente preocupada com os resultados do processo e do exercício da jurisdição, muito mais relevância tem a descoberta dos elementos comuns que aquelas duas espécies apresentam, do que a metafísica busca dos fatores que as diferenciam.” (*Op. cit.*, 2003c, p. 59).

acabaram por se transformar em reais entraves à utilização adequada dos institutos, visto que proporcionaram, muitas vezes, o entendimento de que a tutela sumária cautelar se opõe à tutela satisfativa, o que é um equívoco¹²⁰, já que, ao proteger imediatamente o processo, a medida cautelar também garantiria o interesse material que lhe serviria de objeto e vice-versa. Ao objetivar, imediatamente, a tutela do direito material, a técnica antecipatória acaba por assegurar o resultado útil do próprio processo.¹²¹

No escólio do processualista Eduardo de Avelar Lamy:

[...] a diferenciação legal rígida e expressa entre as técnicas de urgência antecipatória e cautelar foi empreitada que apenas o ordenamento jurídico brasileiro ousou efetuar, trazendo dificuldades para o exercício do poder-dever do juiz para com a concessão de medidas de urgência.¹²²

Na tentativa de sistematizar as tutelas de urgência, José Roberto dos Santos Bedaque, inspirado no direito europeu, em especial na doutrina italiana, considera que a definição dos provimentos cautelares deve se dar em função do seu objetivo de assegurar o cumprimento e os efeitos da atividade jurisdicional – *a efetividade da tutela definitiva* –, estando incluídas neste rol as medidas de satisfação provisória dos efeitos da decisão final.¹²³

No seu entender, essa modalidade de tutela cautelar – *cautelar antecipatória* – não se limita a preservar determinada situação, a fim de proteger a eficácia da decisão principal, mas, também, assegura, temporariamente, os efeitos desse provimento eventual, antecipados.¹²⁴

A provisoriedade, a cognição sumária e a finalidade de assegurar a utilidade prática da tutela destinada a solucionar a situação jurídica material litigiosa (instrumentalidade) constituem, portanto, características inerentes a todo provimento de natureza cautelar, seja ele de cunho conservativo ou provisoriamente satisfativo.

Nesse diapasão, o enquadramento da técnica antecipatória como tutela sumária cautelar somente se verifica diante da presença desses pressupostos. Ausente o caráter provisório, estar-se-á diante de uma técnica não cautelar, porém de natureza sumária e

¹²⁰ Para Bedaque: “A preocupação com a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual.” (*Op. cit.*, 2006a, p. 19).

¹²¹ TEIXEIRA, Sérgio Torres. Peculiaridades da antecipação de tutela enquanto instrumento de concretização da efetividade do processo. In: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (coord.). **Processo Civil: aspectos relevantes**, v. 2: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p. 515.

¹²² LAMY, *op. cit.*, 2007a, p. 70.

¹²³ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006a, p. 131.

¹²⁴ *Idem*, *op. cit.*, 2006b, p. 220.

satisfativa, posto que estruturada de modo a favorecer a efetivação do direito material independentemente de outro provimento jurisdicional.¹²⁵

Não se pode olvidar que o ordenamento processual pátrio exige que a técnica antecipatória esteja baseada em alegações verossímeis, seja reversível (§ 2º do art. 273 do CPC¹²⁶) e possa ser modificada ou revogada pelo magistrado (§4º do art.273¹²⁷). Tais disposições permitem afirmar que a provisoriedade, a instrumentalidade e a sumariedade da cognição integram a concepção do instituto da tutela antecipada, do mesmo modo que constituem atributos imanentes às medidas de natureza cautelar.

Tudo isso conduz ao enquadramento da técnica antecipatória no contexto das medidas de natureza cautelar, como idealizam os doutrinadores italianos, a exemplo de Proto Pisani que, por sua vez, registra a distinção dos provimentos cautelares em duas grandes categorias: “a) *provvedimenti cautelari conservativi della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza*; b) *provvedimenti cautelari anticipatori della soddisfazione del diritto.*”^{128 129}

Ao lado dessas medidas provisórias, convivem no nosso ordenamento jurídico processual provimentos antecipatórios de caráter definitivo, também chamados de tutelas urgentes satisfativas autônomas ou irreversíveis, a exemplo das liminares concedidas contra seguradoras de planos de saúde para fins de autorização cirúrgica de extrema urgência, quando indispensável à proteção do bem da vida periclitante.

Essa modalidade de antecipação da tutela jurisdicional, em princípio, não teria natureza cautelar, já que não assegura a efetividade do provimento final; ao revés, satisfaz plenamente o objetivo central do processo, confundindo-se com o pronunciamento de mérito definitivo.¹³⁰

A proximidade dos institutos em tela é tão intensa que Dinamarco chega a declarar, categoricamente, que:

Cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do *tempo-inimigo*, esse dilapidador de direitos de que falou Francesco Carnelutti – mas

¹²⁵ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006a, p. 133.

¹²⁶ §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

¹²⁷ §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹²⁸ PISANI, Andrea Proto. **La nuova disciplina del processo civile**. Napoli: Jovene, 1991, p. 308.

¹²⁹ “a) providências cautelares conservadoras da situação de fato ou de direito sobre o qual deverá incidir a futura sentença; b) providências cautelares antecipatórias da satisfação do direito.” (tradução livre)

¹³⁰ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 205. Equivale no direito argentino às denominadas *medidas autosatisfactivas*, dotadas de autonomia e independência com relação a um processo principal e que permitem à parte a fruição imediata do direito perseguido, ainda que a tutela deferida seja irreversível.

essa grande similitude ainda não foi bem compreendida. A segunda *Reforma* já abriu caminho para a superação dessas dificuldades, ao incluir no art. 273 do Código de Processo Civil um novo parágrafo, destinado a instituir a *fungibilidade* entre as medidas cautelares e as antecipatórias (art. 273, § 7º, red. Lei n. 10.444, de 7.5.2002); em alguma medida esse dispositivo facilita o trabalho do intérprete e ainda mais o autoriza a fazer uma série de *pontes* entre os dois institutos, mas o ideal seria que a própria lei chegasse a um ponto de mais clara explicitude (explicitação?), de modo a afastar dúvidas e acabar de vez com a falsa idéia de que cada um deles tenha sua regência própria e distinta.¹³¹

De fato, não há razão para se exaltar os inúmeros debates acerca das divergências entre medidas satisfatórias e técnicas de natureza estritamente cautelar quando, na verdade, o que está em jogo é o direito material da parte e a necessidade de afastar o perigo de lesão a este bem da vida.¹³²

Nesse passo, Gouveia assegura de forma contundente que:

Nos dias atuais, em que ganha relevo o enfoque do processo como instrumento racional de acesso à justiça, deve ser dada ênfase especial ao princípio da efetividade processual. Foram assim relevadas a um plano secundário as construções de cunho teórico, que com tanta relevância ostentaram em período em que o processo civil buscava sua autonomia científica.¹³³

Em igual sentido são as palavras de Wambier:

É possível que se faça distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, mesmo para, depois, se concluir que, em certos casos, é muito difícil perceber se a tutela é cautelar ou antecipatória. [...] se ser cautelar é ter a função de propiciar a eficácia plena da medida final, quer dizer, se parte-se do princípio que a natureza cautelar de uma medida reside na função que tem essa medida de gerar condições no mundo empírico, para que a decisão final seja efetivamente eficaz, então, “às vezes é necessário antecipar para acautelar”.¹³⁴

De fato, em prol do princípio da fungibilidade e dessa identidade ontológica¹³⁵, a reforma procedida pela Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, inseriu no art. 273 o §7º, o qual veio a declarar que: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de

¹³¹ DINAMARCO, *op. cit.*, 2003c, p. 49.

¹³² Barbosa Moreira destaca que, entre as tutelas de urgência, existem diferenças relevantes, mas também manifestas afinidades, o que não exclui a possibilidade de depararmos com hipóteses situadas numa “zona cinzenta”, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando. “A ciência jurídica precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo.” (*Op. cit.*, 2003, p. 294).

¹³³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Tutelas de Urgência nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista da Pós-Graduação da UNICAP-PE**, Recife, v.1, n.1, p. 31, janeiro/2002.

¹³⁴ WAMBIER, *op. cit.*, 2003. p. 555-557.

¹³⁵ De acordo com Bedaque: “Essa preocupação exagerada em distinguir os provimentos sumários cautelares e não-cautelares deve ser entendida em seus devidos termos. A antecipação definitiva da própria tutela, porque precedida de cognição sumária, constitui técnica absolutamente excepcional em nosso sistema. Já a antecipação provisória de efeitos da tutela final, providência generalizada pelo art. 273 do Código de Processo Civil, muito se aproxima das cautelares, se é que ontologicamente com elas não se identificam, pois são até fungíveis entre si.” (*op. cit.*, 2006a, p. 146).

natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Sobre o novo dispositivo, Cruz e Tucci¹³⁶ sustenta que: “A introdução do §7º vem mitigar a exegese estritamente formalista que se verifica na prática, em detrimento da urgência de determinadas situações. Jamais se aconselha que a forma sacrifique o direito do jurisdicionado.”¹³⁷

Diante do conjunto apresentado, sustentável é a declaração do caráter acautelatório das providências destinadas a satisfazer, antecipada e provisoriamente, o pedido formulado pela parte e assegurar a solução do litígio de forma útil e eficaz. Correta, pois, a ilação de que, além das medidas conservativas, tem natureza cautelar àquelas destinadas a regular o conflito de forma provisória, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela definitiva e, por conseguinte, resguardando a eficácia do resultado final do processo.¹³⁸

Tanto assim que a incidência do princípio da fungibilidade no âmbito das medidas de urgência tende a fomentar o desaparecimento da antiga oposição entre a tutela cautelar e antecipatória, postura já adotada há muito por vários ordenamentos estrangeiros, a exemplo do italiano, que aceita com tranqüilidade a convivência entre cautelares assecuratórias e antecipatórias, justamente por serem fruto do gênero providências cautelares.

Destacam-se na doutrina italiana os juristas Piero Calamandrei, Andrea Proto Pisani e o contemporâneo processualista Elio Fazzalari¹³⁹ que assevera: “*Alcuni provvedimenti cautelari assicurano la tutela anticipando, con i loro, gli effetti del provvedimento o dell’attività di cui sono serventi.*”¹⁴⁰

A idéia transcrita assegura que a antecipação dos efeitos da tutela final não se revela incompatível com as medidas judiciais de natureza cautelar; ao contrário, adequa-se à

¹³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

¹³⁷ Pedro Luiz Pozza considera que: “O novo parágrafo sétimo é salutar, eis que sepulta discussão que se instaurou na doutrina, alguns não admitindo que o autor formulasse pedido cautelar quando fosse cabível a antecipação da tutela, ou vice-versa, nem que o juiz, vislumbrando na pretensão antecipatória da tutela, em verdade, uma demanda cautelar, valesse-se de uma espécie de fungibilidade, conhecendo daquela como se cautelar fosse.” (**As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações**: Leis n.ºs 10.352 e 10.358, de 2001, e 10.444, de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 100).

¹³⁸ A propósito, oportuna a transcrição do comentário de César Asfor Rocha: “Não há dúvida de que a tutela antecipada pode freqüentemente produzir resultados acautelatórios e nem por isso deixaria de ser deferida, sendo também correto afirmar que vem perdendo força a posição que advogava ser vedado à tutela cautelar viabilizar resultados satisfatórios ou irreversíveis.” (*Op. cit.*, p. 124).

¹³⁹ FAZZALARI *apud* BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 128.

¹⁴⁰ “Algumas providências cautelares asseguram a tutela antecipando os efeitos da providência ou da atividade da qual se está utilizando a parte.” (tradução livre)

estrutura e às normas que as regulam. Daí a necessidade de unificação e sistematização de um regime jurídico das tutelas de urgência.

Em reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial responsável pela proteção dos valores constitucionais, vem expressando-se no sentido de que o poder de acautelar é inerente à função jurisdicional, entendimento que reforça ainda mais os posicionamentos aqui expostos.¹⁴¹

Com efeito, é necessário abrir os olhos à essencial finalidade comum atribuída às medidas cautelares e antecipatórias, qual seja, a de neutralizar os males do decurso do tempo e garantir a efetividade da jurisdição – *função constitucional decorrente do art. 5º, XXXV* –, pois, somente por força deste raciocínio, encontrar-se-ão respostas plausíveis aos questionamentos conceituais e pragmáticos associados a essas duas técnicas processuais de urgência.¹⁴²

De fato, todas estas medidas emergenciais têm sede constitucional na garantia da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que, por

¹⁴¹ Segue o acórdão: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: "Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992." 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., **pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar**. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (*"fumus boni iuris"*). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do *"periculum in mora"*, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, *"ex nunc"*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente *"ex nunc"*, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido. (STF, ADC-MC 4/DF, **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade**, Rel. Min. Sydney Sanches, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 21-05-1999) (grifos de agora).

¹⁴² DINAMARCO, *op. cit.*, 2003c, p. 55. Apesar de defender a natureza cautelar das medidas antecipatórias, o processualista entende que as cautelares são medidas de apoio ao processo, enquanto que as antecipatórias visam diretamente à vida das pessoas, oferecendo a um dos sujeitos processuais o objeto central da lide ou algum benefício que o bem da vida pode lhe proporcionar antecipadamente (p. 58).

consequência, enseja o direito fundamental à tutela efetiva. Fala-se, portanto, na inconstitucionalidade das leis ordinárias impeditivas de medidas liminares¹⁴³, por afronta a essa garantia.

É a partir das características e objetivos comuns, inerentes às tutelas de natureza cautelar que Bedaque pondera com vigor: “Não vejo motivos para a criação de forma autônoma de tutela de urgência, com todas as características da cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou pelo rigor eventualmente maior quanto à probabilidade de existência do direito.”¹⁴⁴

2.2. O poder de acautelar do julgador e as medidas processuais satisfativas

O Código de Processo Civil de 1973 dispõe em seus art. 797, 798 e 799, o seguinte:

Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

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

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

A redação desses dispositivos não deixa dúvida quanto ao caráter meramente exemplificativo (*numerus apertus*) das ações cautelares típicas ou nominadas, enumeradas pelo legislador.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, havia controvérsia quanto à possibilidade e concessão de providências cautelares, que não aquelas previstas como tais pelo legislador. Hoje, inexistente qualquer questionamento sobre a natureza meramente exemplificativa do rol de cautelares nominadas previstas em lei.

¹⁴³ Em princípio, a expressão *liminar* está ligada ao momento em que o provimento é decretado pelo juiz – *critério temporal ou de lugar no tempo* – dentro da seqüência dos atos que compõe a cadeia processual. Todavia, para alguns doutrinadores, o conceito de liminar configura uma antecipação dos efeitos que somente se obteria ao final da ação, com a prolação da sentença. Trata-se, na visão de Luiz Orione Neto, “[...] de um provimento judicial emitido *in limine litis*, através do qual o juiz antecipa parcial ou totalmente e de forma provisória, os efeitos da futura sentença final.” Acrescenta o autor que “A antecipação como aspecto matriz do conceito de liminar também se faz presente nas ações cautelares.” (**Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. São Paulo: Método, 2002, pp. 11/13). Para o Prof. Sérgio Torres Teixeira, a liminar poderá ter natureza antecipatória ou índole cautelar, a depender dos efeitos emanados do provimento, isto é, do caráter satisfativo ou assecuratório da medida concedida pelo magistrado. (*Op. cit.*, p.521/522).

¹⁴⁴ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 308.

Nesse aspecto, os sujeitos parciais da relação processual podem solicitar ao juiz qualquer providência acautelatória, ainda que não haja previsão legal. Há, portanto, a possibilidade de concessão de providências cautelares nominadas e inominadas, decorrentes de requerimento da parte ou mesmo promovidas de ofício pelo magistrado, quando necessário à proteção da efetividade processual e do bem da vida litigioso.

Na verdade, as medidas cautelares não tipificadas pela norma processual passaram a ser uma espécie do gênero cautelar. Ao atribuir ao juiz o manejo desse poder acautelatório, o legislador processual admite a impossibilidade de prever todas as situações e hipóteses de risco e ameaça ao direito da parte.

Reconhece-se, portanto, que as cautelares típicas não esgotam as possibilidades em que este risco está presente, de modo que o entendimento favorável à defesa de uma enumeração taxativa de tais providências viola a própria finalidade do processo cautelar. Afinal, por mais minucioso que fosse o legislador, uma enumeração taxativa resultaria em lacunas, que tornariam deficiente o sistema de proteção das relações materiais e da função jurisdicional.

Assim, tal previsão visa suprir o vazio advindo dessa impossibilidade de previsão para todas as situações concretas que ensejam proteção cautelar. Eis a razão para ratificar a sua finalidade supletiva, a qual busca complementar a ordem jurídica pela concessão ao juiz da possibilidade de suprir as lacunas do ordenamento positivo.

Como bem assenta Carpena, trata-se de “[...]‘norma em branco’, da qual não se pode abrir mão para bem de se assegurar a efetiva frutuosidade da prestação jurisdicional que se depara com casos dos mais diversos e amplos [...]”.¹⁴⁵

A previsão normativa constitui uma regra geral, aplicável às hipóteses atípicas – *não especificamente previstas em lei* –, que reclamem proteção cautelar, pois seria impossível a lei nominar cada uma das possíveis ocorrências merecedoras da cautelaridade jurisdicional.

A esta possibilidade ampla de utilização do processo cautelar, fora dos casos estipulados tipicamente, convencionou-se doutrinariamente chamar de poder geral de cautela, acreditando alguns estudiosos que o processo cautelar poderia ser regulado somente pela teoria geral exposta do Capítulo I (Livro III, do CPC).¹⁴⁶

Quanto à sua aplicabilidade, cabe ao julgador, face à necessidade de implementação de atos acautelatórios, respeitadas as regras da persuasão racional e as

¹⁴⁵ CARPENNA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 162.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 160 e 162. Para o autor: “A linguagem do art. 700 do Código de Processo Civil italiano, ao dispor sobre o poder geral de cautela, foi muito mais feliz.” (p. 164)

circunstâncias fáticas, aferir se estão ou não preenchidos os requisitos específicos de aplicação da medida acautelatória. Atestando a presença desses pressupostos, não tem o juiz o poder discricionário de conceder ou não a tutela, mas sim o dever de afirmá-la diante da situação exposta, sob pena de responsabilizar-se processualmente pelos danos que vier a causar às partes (art. 133, II, do CPC¹⁴⁷).

Na investigação dos pressupostos legais para a concessão de medida acautelatória, o juiz não detém poder discricionário, de forma que, “se os pressupostos legais estiverem presentes, o juiz tem a obrigação de conceder a liminar, bem como a obrigação de indeferi-la, se os pressupostos estiverem ausentes”.¹⁴⁸

Oportuno observar que a construção da teoria das medidas cautelares inominadas deve-se a Piero Calamandrei, que por meio de sua obra intitulada “*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*”, subdividiu os provimentos cautelares em quatro categorias, identificando em uma delas as medidas que se destinam a antecipar a decisão de mérito, permitindo que o juiz dê regulação provisória à relação controvertida.¹⁴⁹

No dizer de Ovídio Baptista:

[...] a doutrina sustentada por Calamandrei apoiava-se, fundamentalmente, na idéia de que a tutela cautelar inominada fosse uma técnica processual para suprir os inconvenientes causados pela morosidade do procedimento ordinário, mediante a antecipação dos efeitos da sentença de procedência da pretensão satisfativa.¹⁵⁰

Além de buscar alternativas hábeis a promover a celeridade processual, Calamandrei, no seu trabalho referenciado, tinha outro objetivo, qual seja, a defesa da própria função jurisdicional, mediante a outorga ao julgador de poderes efetivos de direção e administração da relação processual, em certo sentido publicizando a jurisdição, então demasiadamente subordinada ao puro interesse privado das partes.¹⁵¹

É exatamente nesse contexto que se abre espaço para o conceito do denominado *poder cautelar genérico*, categoria jurídica paralela ao chamado *poder geral de cautela*. De forma superficial, pode-se dizer que este depende de provocação das partes enquanto que aquele decorre da autonomia do magistrado em defesa da atuação estatal e,

¹⁴⁷ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - *omissis*;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

¹⁴⁸ ORIONE NETO, *op. cit.*, 2002, p. 236.

¹⁴⁹ CALAMANDREI *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. 3: processo cautelar (*tutela de urgência*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ps. 52/54.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 93.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 94.

conseqüentemente, da pretensão material dos interessados. A primeira categoria encontra apoio normativo no art. 798, do CPC, e a segunda no conteúdo do art. 797, CPC.

O poder geral de cautela confere ao magistrado a possibilidade de, a requerimento das partes, “acautelar os jurisdicionados, por via de emissão de decisão mandamental inespecífica, atípica, para afastar situações periclitantes e perigosas que poderiam pôr em risco o desenvolvimento ou resultado do processo no qual se busca a satisfação material.”¹⁵²

Assim, grosso modo, pode-se dizer que, nesse último, a atuação do magistrado advém da provocação das partes, enquanto que o poder cautelar genérico confere ao juiz a possibilidade de atuar *ex officio*, em defesa da jurisdição.¹⁵³

Na verdade, de uma ou de outra maneira, a finalidade a ser atingida será a mesma, a de promover a efetividade do processo e, bem assim, a eficácia da tutela jurisdicional pretendida via proteção do direito material.

A própria jurisprudência é o exemplo fiel contra a adoção de conceitos distintos, pois, não raras vezes, observa-se até mesmo, nos Tribunais Superiores, uma certa confusão a respeito dos conceitos de poder geral de cautela e de poder cautelar genérico, utilizando-se esta última nomenclatura para designar aquele outro poder e vice-versa, denotando a inconsistência da diferenciação. O que há, portanto, é um poder de acautelar inerente à função de julgar, como assim se expressa o Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁴

De outra parte, a limitação imposta no art. 797 (expressa autorização legal) não merece guarida, por força da irrestrita autorização contida no dispositivo subsequente (art. 798, CPC), bem como das garantias constitucionais do processo, as quais permitem ao julgador, independentemente de provocação, a aplicação de medidas acautelatórias sempre que houver necessidade de resguardar a pretensão material e a justa, boa e eficaz atuação jurisdicional.

A fungibilidade das medidas de urgência espelha a preocupação do legislador em mitigar os rigores processuais, para com isso, não prejudicar, de forma direta, a efetividade jurisdicional, e, de forma indireta, o direito das partes, para o qual o processo serve de instrumento.

Nesse contexto, reafirmando a índole cautelar das técnicas provisórias satisfativas, coerente e razoável é a assertiva de que o poder de acautelar constitui fundamento abalizador da utilização de medidas processuais que visem antecipar, provisoriamente, os efeitos do

¹⁵² SILVA, *op. cit.*, 1998, p. 95.

¹⁵³ CARPENA, *op. cit.*, p. 165.

¹⁵⁴ STF, ADC-MC 4/DF. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade**, Rel. Min. Sydney Sanches, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 21-05-1999.

provimento final frente às situações emergenciais em que não se possa aguardar a manifestação das partes, sob pena de haver enorme prejuízo tanto ao direito substancial quanto à efetividade do processo.

2.3. A flexibilização das técnicas de urgência: instrumento de unificação das medidas assecuratórias e satisfativas e de oposição ao exagerado tecnicismo processual

Face à ausência de um denominador comum que refletisse o critério ideal e adequado para se estabelecer um paralelo entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, decidiu o legislador processual pela criação da Lei n.º 10.444/2002, cujo objetivo, além de outros, fora o de admitir a incidência do princípio da fungibilidade entre as duas providências jurisdicionais mencionadas.

É sabido que o Código de Processo Civil de 1939 já previa, expressamente, em seu art. 810, a aplicação da fungibilidade no âmbito dos recursos, idéia, hoje, perpassada para o ambiente das técnicas de urgência, atitude que demonstra um real progresso na aplicação da instrumentalidade das formas e na conscientização da real função instrumental do processo.

Corolário dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, a fungibilidade entre as medidas emergenciais assecuratórias e satisfativas vem ratificar o entendimento de que a formalidade jamais pode suplantar o conteúdo, a questão de fundo da relação jurídica processual (direito material). Em outras palavras, vem privilegiar a substância – *finalidade do processo* – em detrimento do rigor técnico do instrumento.¹⁵⁵

Cabe aqui uma breve reflexão sobre o sentido adequado a ser atribuído à forma ou ao formalismo no âmbito do processo civil brasileiro. De logo, oportuno registrar que o emprego das expressões forma, formalidade ou formalismo, em princípio, dispensa apresentação de significados especiais diferenciados, como assim entende o jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, diferentemente de Eduardo de Avelar Lamy.

Para Alvaro de Oliveira, o formalismo, ou forma no sentido amplo, tem sentido mais abrangente, compreendendo a forma, ou as formalidades, e especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, bem como a organização como um todo do procedimento e do processo. Serve, assim, para delimitar e indicar as circunscrições

¹⁵⁵ Eduardo de Avelar Lamy sustenta que: “O legislador do §7º do art. 273 do CPC apenas ratificou aquilo que o poder geral de cautela e a atual ordem constitucional já possibilitavam ao magistrado que o fizesse.” (*Op. cit.*, 2007a, p. 107).

iniciais e finais do processo, além dos limites de cooperação dos sujeitos atuantes no processo em vista do seu desenvolvimento natural.¹⁵⁶

Declara o autor a sua preferência pela expressão formalismo, “já consagrada na linguagem jurídica, embora às vezes empregada com sentido negativo, como excesso de exigências formais, superfetação da forma. A esse respeito contraproducente e patológico do fenômeno, denominamos formalismo *excessivo*.”¹⁵⁷

Em contrapartida, Lamy considera que apenas a expressão formalidade identifica-se com a forma e constitui-se garantia essencial à estrutura ordenadora do processo, ao contrário do formalismo, que denota o respeito à forma como argumento de autoridade, da forma pela forma. E acrescenta:

[...] o rigor terminológico que prima pela clareza de idéias indica que o formalismo merece ter significado diverso. Acreditamos, deste modo, tratar-se de expressão que não engloba a forma em sentido amplo, nas suas variadas concepções, mas sim que indica a aplicação excessiva e desnecessária das regras e estruturas ligadas à forma: aquilo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denomina de “formalismo excessivo”.¹⁵⁸

Não obstante as semelhanças e as divergências doutrinárias apresentadas, não convém à presente pesquisa aprofundar o assunto, mesmo porque não integra o enfoque principal aqui desenvolvido. Entretanto, por questão de limitação conceitual e afinidade, adotar-se-ão as acepções defendidas por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, de modo que o aspecto negativo da forma – *formalidade ou formalismo* – será aqui referenciado por formalismo excessivo, expressão utilizada pelo autor supra.

Na verdade, a formalidade ou o formalismo no direito processual tem pouco destaque entre os doutrinadores jurídicos, principalmente se comparado à atenção dispensada aos temas concernentes às teorias da ação, do processo e da jurisdição. Por sua vez, o exame da função e dos limites à formalidade exigidos pelo sistema jurídico é assunto de grande relevo na seara processual, principalmente para os defensores da compreensão da forma tão somente como garantia e não como obstáculo à efetiva concretização do princípio do devido processo legal, acepção que justifica, estruturalmente, o estudo e a aplicação da fungibilidade dos meios processuais.¹⁵⁹

Não há dúvida de que, para atingir seus escopos, a relação jurídica processual dependa, necessariamente, da realização de uma gama de atos ordenados e revestidos de

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 6/7.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, 1997, p. 6 (nota de rodapé n.º 12).

¹⁵⁸ LAMY, *Op. cit.*, 2007b, p. 40.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 37.

certas formalidades legais, motivo pelo qual se apresenta uma noção de processo como um conjunto de garantias compostas de formalidades.

Tais exigências formais, porém, não têm o condão de suplantar os valores consagrados pelo ordenamento constitucional e, muito menos, prejudicar o desempenho da função tutelar dos direitos materiais desenvolvida pelo instrumento-processo, cuja efetividade e grau de aperfeiçoamento são avaliados e testados, diuturnamente, pelos operadores do direito e pela realidade forense.

Nesse aspecto, a função da forma revela-se como proteção aos eventuais excessos do poder conferido às autoridades e como parâmetro expositor de limites aos atos promovidos tanto pelos jurisdicionados como pelo julgador no decorrer do transcurso procedimental, além de servir de meio de previsibilidade dos atos decisórios.¹⁶⁰

No âmbito constitucional, o formalismo processual se expressa por meio da garantia do devido processo legal e seus princípios correlatos, tendo o informalismo excessivo e o excesso de formalismo como limites extremos a serem harmonizados de modo a encontrar um denominador comum que preserve as garantias fundamentais relacionados ao processo.

Na perspectiva de Alvaro de Oliveira:

A verdade é que desmerecem acolhimento, nessa matéria, tanto o sistema da absoluta liberdade da forma para a parte quanto o da ilimitada soberania do juiz, pois ambos podem conduzir à desordem do processo e à insegurança do direito; preferível é o sistema da legalidade da forma, com os temperamentos possíveis, de sorte a que não se entorpeça a distribuição de justiça e ao mesmo tempo se coíba o arbítrio estatal dentro do processo. A solução exequível estampa-se na adoção do princípio da instrumentalidade das formas, dando-se pela validade do ato processual sempre que atingir sua finalidade essencial, preservadas as garantias constitucionais do processo.¹⁶¹

Dentro dessa linha de raciocínio, é possível declarar, com convicção, que o excesso de formalismo no ordenamento jurídico brasileiro não decorre pura e simplesmente do próprio sistema normativo, mas sim e, principalmente, da mentalidade do aplicador das normas e dos demais operadores coadjuvantes que, afastados dos valores processuais e das possibilidades reparadoras admitidas pelo ordenamento, preferem a excessiva valorização das formas em detrimento da finalidade jurídica primacial do processo de realização do direito material.

Necessário, portanto, que o próprio sistema processual atue no sentido de extirpar, em concreto, a péssima impressão amplamente divulgada a seu respeito, qual seja, a de um

¹⁶⁰ LAMY, *Op. cit.*, 2007b, pp. 38-39.

¹⁶¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, 1997, p. 124.

sistema extremamente burocrático, formal, que impõe barreiras na consecução dos objetivos constitucionais almejados pela sociedade. De fato, esses entraves decorrentes de um formalismo extremado constituem verdadeiros óbices aos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, ou melhor, à própria democracia.¹⁶²

É exatamente o que expressa, numa visão crítica sobre a justiça, o sociólogo português Boaventura Sousa Santos, em conferência sobre “Democracia e acesso à Justiça”, promovida pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris), durante o II Fórum Social Mundial.¹⁶³

Na sua compreensão, um dos pontos cruciais inerentes à postura negativa da atuação do Poder Judiciário relaciona-se à baixa formação democrática dos magistrados e o reflexo disso no funcionamento do aparelho estatal e no próprio dia-a-dia forense, o que faz com que diversas reformas percam sua razão de ser por força de uma cultura normativista e técnico-burocrática decorrentes da doutrina kelseniana de autonomia do Direito, da concessão restritiva ao Direito como forma estatal e da burocracia dos processos.

Para ele: “O sistema é tão burocrático que não se nota mais a presença de seres humanos nas ações”. E conclui que somente uma nova cultura jurídico-democrática, que integre conflitos atuais e valores que estimulem reformas na sociedade, poderá salvaguardar a função essencial do Estado: promoção do bem comum.¹⁶⁴

Na realidade, não se quer defender o desprezo total às formas, mas sua adequação às necessidades do direito substancial e do próprio sistema jurídico processual, de modo a favorecer a implementação de novas técnicas e evitar o tecnicismo. O que se pretende é a preservação do real sentido das formas – *previsibilidade dos procedimentos decisórios e garantia contra os excessos processuais* – sem dar guarida ao seu aspecto patológico, materializado através de um formalismo excessivo e contraproducente. Em outras palavras, a formalidade não pode servir de empecilho aos resultados céleres e eficazes que a tutela jurisdicional necessita produzir na vida dos que conclamam por sua atuação.

Assim como fora dito acerca da segurança jurídica e celeridade processual, faz-se necessário encontrar o equilíbrio entre as garantias advindas do respeito às formalidades previstas no ordenamento e os possíveis entraves causados à efetividade do sistema pela sua própria utilização, ainda que dentro dos parâmetros legais. Esse senso de otimização perfaz-se

¹⁶² OLIVEIRA, Frederico; MELO, Luis Gustavo S. Valença de. **Formalismo no processo civil**: possibilidades de superação. Recife: Bagaço, 2006, p. 69.

¹⁶³ Tribuna Judiciária. **Uma visão crítica da justiça**. Disponível em: <http://www.aojesp.org.br/tribuna/tribuna26/visao.html>. Acesso em: 08.06.2008.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

através da aplicação consciente e proporcional das formas frente a situações comprometedoras da efetividade processual, as quais admitem o seu afastamento quando indispensável à garantia do resultado final almejado pela jurisdição – *tutela efetiva*.

Pode-se rotular como hipóteses reais de mitigação das formalidades àquelas consubstanciadas na incidência do princípio da instrumentalidade das formas, de modo geral, e do princípio da fungibilidade recursal ou de medidas de urgência, assunto ora abordado.

Em suma, o processo não admite o formalismo pelo formalismo. Ao revés, exige do operador jurídico uma análise criteriosa de cada situação em concreto a fim de garantir maior eficácia possível à tutela material obtida via instrumento-processo, ainda que para tanto tenha de realizar cognição incompleta, superficial, fundada em juízo de verossimilhança.

Aliás, oportuna a lição de João de Castro Mendes, ao afirmar que a verdade, em termos objetivos, dificilmente pode ser conhecida com segurança absoluta, pois: “Toda a convicção humana é uma convicção de probabilidade, ou seja, entre duas afirmações contrárias, aquela que tem maior grau de possibilidade de ser verdadeira diremos que tem probabilidade.”¹⁶⁵

Ao examinar o acervo processual, o magistrado não fica imune a essa valoração de probabilidade, devendo sempre se pautar no bom senso, na equidade e no conhecimento das circunstâncias reais, de modo a que distribua a cada um o que é seu, dentro dos limites do aceitável, em tempo razoável e por meio da aplicação de técnicas processuais adequadas e úteis. Este é o sentimento de justiça norteador da função jurisdicional.

Na esteira do princípio da substanciação, à parte cabe apenas expor as circunstâncias fáticas que ensejam a incidência de medida judicial cabível, devendo o magistrado propor soluções tempestivas e garantidoras da efetividade e eficácia da tutela definitiva, atuando sempre em defesa do bem da vida litigioso, mesmo que para tanto seja necessária a adequação de técnicas processuais semelhantes.

Eis, então, a finalidade maior do §7º do art. 273 do CPC: compreender, por meio do princípio da fungibilidade, as diferentes técnicas como instrumentos de uma só tutela, reconhecendo a importância de seus pontos de identidade, especialmente para facilitar a sua utilização, e fortalecendo a idéia do processo civil de resultados.

Oportuna a orientação traçada por Barbosa Moreira no sentido de desaconselhar o excessivo rigor na discriminação das variadas modalidades de tutela de urgência, visto que, frente às relevantes afinidades existentes entre as medidas cautelares e antecipatórias, grandes

¹⁶⁵ MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Lisboa:Ática, 1961, p. 321.

são as chances de se deparar com situações jurídicas emolduradas numa espécie de zona cinzenta ou faixa de fronteira, onde se torna praticamente impossível reconhecer qual o ambiente de circulação, os limites precisos de uma e de outra técnica processual.¹⁶⁶

Para o processualista: “A ciência processual – melhor dizendo: a ciência jurídica – precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo”.¹⁶⁷

De outra parte, a inteligência das prescrições contidas no art. 125 do CPC¹⁶⁸, somada ao poder de acautelar, impõem ao magistrado o dever de adotar medidas adequadas ao caso concreto, a fim de promover a rápida solução do litígio e resguardar a efetividade do resultado prático da jurisdição; considerações de reforço da utilidade prática da simplificação e flexibilização do sistema de técnicas urgentes.

Acrescente-se a isso o fato de o legislador processual brasileiro não impor qualquer limitação quanto ao caráter meramente conservativo ou antecipatório do poder de cautela prescrito no art. 798 do Código de Processo Civil¹⁶⁹, o que, frente às modernas tendências do direito processual, constitui verdadeiro meio de concretização da função constitucional do processo.

À vista disso, não há razão para o judiciário, em nome de um tecnicismo exacerbado, abster-se de prestar a tutela urgente adequada à situação jurídica em risco.¹⁷⁰ Foi sensível a essa conjuntura, que o legislador houve por bem consagrar, expressamente, no art. 273, §7º, a admissibilidade do princípio da fungibilidade entre técnicas processuais de natureza acautelatória, tendência já registrada no âmbito recursal.

Nesse aspecto, a fungibilidade entre as medidas de urgência é valioso instrumento de relativização do binômio direito-processo e de proximidade das medidas cautelar e antecipatória, bem como de aplicação concreta dos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas.

Como bem observa Lamy:

A flexibilização das técnicas de urgência constitui, portanto, a continuação da adaptação do Código às próprias reformas nele ocorridas, em decorrência de uma

¹⁶⁶ LOPES, *op. cit.*, p.179.

¹⁶⁷ MOREIRA, *op. cit.*, 2003, p. 294.

¹⁶⁸ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

¹⁶⁹ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 219.

¹⁷⁰ LOPES, *op. cit.*, p. 179.

concepção sincrética do processo civil, par abrandar, ou até mesmo unificar os requisitos legais de concessão de medidas, pensando o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.¹⁷¹

Estabelecendo interessante paralelo entre cautelar e tutela antecipada, Bueno declara: “O que é ‘antecipar’ para muitos não passa de mero ‘acautelamento’ para outros e vice-versa. Até porque, [...], a tutela cautelar, em si considerada, é satisfativa.”¹⁷²

Apesar da inspiração constitucional (art. 5º XXXV, da CF), a leitura fria do dispositivo em comento (art. 273, §7º, do CPC) dá a entender que o legislador disse menos do que deveria ter dito, o que não deve ter importância para a comunidade jurídica, uma vez que a necessidade de conversão das técnicas não deriva da lei, mas do sistema processual constitucional. O sentido da lei é confeccionado a partir de uma gama de métodos interpretativos, não tendo menor valor a limitação redacional do dispositivo de lei.

Contudo, grande parte da doutrina ainda levanta questionamentos acerca da possibilidade de aplicação da fungibilidade em via de mão dupla¹⁷³, excluindo a possibilidade de conversão da cautelar em antecipatória, discussão que constitui grande perda de tempo, pois a flexibilização se dá entre os meios pelos quais o fim é atingido, não importando, desta feita, o caminho escolhido pela parte, mas sim a finalidade da medida a ser implementada.

Dar guarida a essas limitações doutrinárias equivale a valorizar certo elitismo intelectual que jamais pode servir de fundamento para emissão de pareceres negativos no âmbito jurisdicional.¹⁷⁴ Em outras palavras, aceitar esses posicionamentos contrários a fungibilidade das técnicas de urgência em seu duplo sentido vetorial constitui um verdadeiro preciosismo formalístico anacrônico, inspirado em valores ditados há muitos séculos e que não possuem razão de existir na atualidade.

Assim, presentes os pressupostos de autorização da medida judicial de urgência, deve o magistrado conferir, a requerimento ou de ofício, a técnica processual adequada à realidade concreta *sub judice*, determinando ou realizando as adequações formais ou procedimentais necessárias à demanda, como prevêm os art. 244, 250 e 284, todos do Código de Processo Civil – *reflexo dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas*.¹⁷⁵

¹⁷¹ LAMY, *op. cit.*, 2007a, p. 131

¹⁷² BUENO, *op. cit.* p. 140.

¹⁷³ Dinamarco utiliza a expressão “duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes”. (**A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.)

¹⁷⁴ BUENO, *op. cit.*, p. 145.

¹⁷⁵ Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Assentando nessas idéias, Bueno sustenta que:

À luz do “modelo constitucional do processo civil” – e é este o contexto adequado do exame do dispositivo legal –, a hipótese aproxima-se muito mais de uma *indiferença* de técnicas processuais. Tanto faz qual a *técnica* a ser empregada pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar adequadamente (imunizar) situação de ameaça. O que importa é que cada *técnica processual* possa ser utilizada de acordo com os seus respectivos pressupostos, e nisto não há qualquer crítica que mereça o dispositivo em exame.¹⁷⁶

Todo esse esforço argumentativo, favorável à fungibilidade em sua máxima potencialidade jurídico-processual, permite asseverar, em tom de reprise, que a compreensão da ciência processual, notadamente em suas buscas recentes por efetividade e simplicidade formal, exige muito mais do que a observação dos elementos puramente dogmáticos ou técnico-formais, sobretudo diante do tamanho esforço expendido pelos processualistas em atribuir ampla eficácia ao processo, intentos que, por vezes, não produzem as expectativas desejadas.

A reprodução de um sistema burocratizado e distante do sentido da atividade jurisdicional apenas enfraquece a aptidão essencial do processo de atuar como mecanismo de dignificação humana, tal como anuncia a ordem constitucional. O divórcio entre a práxis forense e a realidade substancial vivenciada pelos jurisdicionados é algo inaceitável para a vertente instrumentalista do processo e, ao mesmo tempo, ofensivo aos anseios de justiça declamados por um modelo atual de sociedade cônica de seus direitos e garantias constitucionais.

Neste passo, expressivas são as palavras de Frederico Oliveira e Luiz Gustavo S. Valença de Melo, as quais seguem reproduzidas:

Não mais se admite a proeminência do *mundo jurídico paralelo*, onde vigora, no discurso, um direito processual cheio de tecnicidades cada vez mais aprimoradas cientificamente e, *na prática*, um amontoado de regras que burocratizam a realização da justiça e, muitas vezes, impedem o alcance de sua própria finalidade: a plenificação do direito material.¹⁷⁷

Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

¹⁷⁶ BUENO, *op. cit.*, p. 147.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, 2006, p.61.

Oportuno ressaltar, de passagem, o conteúdo do Projeto de Lei do Senado n.º 186 de 2005, que, alimentando-se dos ideais de flexibilização das medidas de urgência, visava reformar o art. 273 do CPC para permitir a estabilização da tutela antecipada. Nele, havia duas alterações importantes que tangenciavam as idéias aqui expostas e confirmavam a tendência de fortalecimento dos laços de afinidade entre as medidas de urgência de caráter cautelar.

As relevantes mudanças estavam retratadas na redação dos art. 273-A e 273-B, cuja intenção era a de possibilitar o pedido de antecipação de tutela via procedimento antecedente ao processo, assim como ocorre com as cautelares preparatórias, aplicando, subsidiariamente, as disposições relativas às técnicas cautelares.

Os textos legais previam o seguinte:

Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

Apesar de arquivado em 07.03.2007, conforme informação obtida via on-line junto ao site do Senado Federal¹⁷⁸, a proposta de lei apenas confirma a necessidade de se cultivar ambientes propícios à realização absoluta dos valores constitucionalmente garantidos. Trata-se de uma guerra real contra o exagerado tecnicismo processual e a favor da efetividade da tutela jurisdicional em seu sentido mais amplo.

2.4. Uma breve análise acerca da experiência de outros ordenamentos jurídicos processuais: a previsão normativa das medidas de urgência no direito italiano, português, francês, argentino, uruguaio e nos países provenientes do sistema jurídico da *common law*

Impende notar, com a introdução da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, que grande parte da doutrina e jurisprudência apegou-se a um excessivo rigor tecnicista com o objetivo de separar, de uma vez por toda, a conceituação do que seria esse “recente” instituto e do que seria a medida cautelar. Fala-se até que a criação da nova técnica processual adveio para a purificação da tutela cautelar.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Disponível em: <http://www6.senado.gov.br> (Acesso em 23.05.08).

¹⁷⁹ Expressão utilizada pelo processualista Teori Albino Zavascki.

É prudente, porém, um cuidado melhor no tratamento dessas tutelas, “pois o rigor tecnicista pode simplesmente anular a conquista instrumental, provocando males à efetividade da prestação jurisdicional maiores do que os que causavam a falta do remédio inovador.”¹⁸⁰

Em verdade, a técnica sumária antecipatória não surgiu com o objetivo de enfraquecimento das medidas cautelares conservativas, mas sim para unir forças em função de propósitos semelhantes: a proteção do direito substancial da parte, face à excessiva duração do processo, e a utilidade do provimento jurisdicional definitivo.

Não obstante, observa-se que o ordenamento jurídico pátrio, aliado a posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, sempre teve a pretensão de separar estes dois institutos, diversamente do que ocorreu em outros ordenamentos jurídicos que, por sua vez, destacam a proximidade de tais medidas, haja vista a natureza cautelar inerente a ambas e o enquadramento delas no gênero das providências de urgência. Assim, ao invés de criarem óbices intransponíveis entre as medidas conservativas e antecipatórias, ostentam outros países a intenção de harmonizá-las dentro da sistemática e do escopo geral da tutela cautelar.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que a lei poderia perfeitamente ampliar a tutela cautelar para incluir, dentre as medidas de eliminação do perigo da demora do processo judicial, providências que satisfizessem, antecipada e provisoriamente, o direito material do litigante, desde que cumpridos requisitos próprios e indispensáveis à plena efetividade da prestação jurisdicional.¹⁸¹ E, de fato, é o que está consignado em grande parte dos sistemas jurídicos processuais do continente europeu e em alguns países da América Latina (p. ex.: Argentina e Uruguai).

A experiência dos ordenamentos jurídicos alienígenas, a exemplo da Itália e da França, como se verá adiante, demonstra uma ausência de sistematicidade no campo de aplicação das providências de urgência. Ambos os países não tomaram a iniciativa de arrolar, em enumeração exaustiva, os procedimentos emergenciais, pois acreditam que é papel do julgador averiguar e ordenar as medidas judiciais necessárias e adequadas ao caso concreto.

Esse tem sido o rumo predominante na Europa, onde o poder geral de cautela passou, naturalmente, por via de interpretação doutrinária e pretoriana, a abranger as providências de urgência de natureza satisfativa.¹⁸² É por força disso que, tanto na Itália

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Universitária do Direito, 2004, p.408.

¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, 2004, p.481.

¹⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In ALVIM ARRUDA, Eduardo (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 247.

quanto na França, a tutela de urgência tende a assegurar ao interessado o gozo definitivo do benefício pleiteado, identificando-se com a tutela antecipada.¹⁸³

Nesse aspecto, o estudo do direito comparado, além de facilitar o raciocínio acerca do atual estágio das medidas urgentes no processo civil brasileiro, permite ainda certas ponderações quanto à necessidade de desenvolvimento de algumas regras que podem contribuir ainda mais para a concretização de um processo livre de obstáculos e apto a produzir os efeitos tão desejados pelos jurisdicionados.

A intenção de esquadrihar outros ordenamentos jurídicos é a de identificar a operacionalização das medidas emergenciais e, ao mesmo tempo, demonstrar que as discussões focadas nas dissimilaridades dos institutos da antecipação da tutela e da medida cautelar são estéreis e desprovidas de utilidade prática, haja vista o objeto e a finalidade primordial de ambos serem os mesmos, qual seja, o de proteger (acautelar) o bem jurídico material litigioso e concretizar os consectários lógicos de uma tutela jurisdicional plena (efetiva).

Postas tais considerações, faz-se oportuno realizar uma breve incursão na forma estrutural das tutelas diferenciadas constante no ordenamento jurídico de países como a Itália, Portugal, França, Argentina, Uruguai e os provenientes do sistema jurídico da *common law*.

2.4.1. Ordenamento Processual Italiano

O art. 700 do *Codice di Procedura Civile* Italiano, inserto em Capítulo destinado aos Procedimentos Cautelares (Seção denominada “*Dei provvedimenti d’urgenza*”), prescreve que:

Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinária, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere com ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.¹⁸⁴

O dispositivo transcrito abrange providências emergenciais de natureza instrumental e de índole cautelar que autorizam a utilização de medidas de satisfação

¹⁸³ MOREIRA, *Op. cit.*, 2003, p. 288-291.

¹⁸⁴ Art. 700. Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha motivo fundado de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer pela via ordinária seu direito, este fique ameaçado de prejuízo imminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências urgentes que, de acordo com as circunstâncias, pareçam mais idôneas para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito. (tradução livre)

provisória do suposto direito do autor. Ao lado delas, o ordenamento admite também a incidência de medidas antecipatórias de nítido caráter não acautelatório. É o caso do art. 186, que trata da “*ordinanza per il pagamento di somme non contestate*”¹⁸⁵, e dos art. 277 e 278, que prevêem a antecipação parcial da demanda, quando tal parcela já estiver provada, dispositivos equivalentes ao §6º do art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro.¹⁸⁶

Embora precedidos de cognição sumária, eles não detêm as características essenciais da tutela cautelar – *instrumentalidade e natureza provisória* – já que potencialmente aptos a se tornarem definitivo.¹⁸⁷

Essa idéia de satisfação integrada à atividade acautelatória não é recente na doutrina italiana, como assim faz entender Calamandrei ao declarar que:

Para evitar que o dano produzido pela inobservância do direito resulte agravado por este inevitável atraso do remédio jurisdicional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente a atividade acautelar, a qual, enquanto se esperam as providências definitivas destinadas a fazer observar o direito, provê a antecipação provisória de seus previsíveis efeitos.¹⁸⁸

Reforçando essa indivisibilidade das medidas de urgência, oportuno destacar que no processo civil italiano a tutela antecipada pode inclusive ser deferida antes do ajuizamento do processo principal, tal como se dá no regime das medidas cautelares, dependendo, todavia, do ajuizamento do processo de conhecimento para que se mantenha a eficácia do provimento.

É o que demonstra a doutrina de Edoardo F. Ricci:

Importante observar que no direito italiano já existe exemplo de tutela antecipada ante *processum*, por força do art. 700 do *Codice di Procedura Civile*, que faculta ao autor pedir, antes do procedimento de conhecimento [...]. [...] Os provimentos antecipatórios concedidos com apoio no mencionado art. 700 perdem, todavia, sua eficácia, se o procedimento de conhecimento não for iniciado em certo prazo.¹⁸⁹

O modelo processual previsto na norma italiana destina-se a evitar que o tempo de duração do processo transforme-se num fator de risco ao direito a ser tutelado, razão pela qual o julgador detém o poder de implementar a medida de urgência mais adequada e idônea que

¹⁸⁵ Decreto para pagamento de quantia não contestada. (tradução livre)

¹⁸⁶ § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

¹⁸⁷ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 54.

¹⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil** (tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri). v. 1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 129.

¹⁸⁹ RICCI, Edoardo F. Tutela no futuro direito italiano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256-257.

assegure, provisoriamente, os efeitos da ulterior sentença definitiva. Trata-se de medidas judiciais com nítida feição instrumental, adequadas às peculiaridades da situação substancial e concreta.

De fato, a doutrina italiana majoritária classifica os provimentos de urgência, previstos no art. 700, como modalidade de tutela cautelar, incluindo aqui as medidas que impliquem a satisfação provisória da pretensão material verossímil. Explanando o assunto, Bedaque considera:

Em todas as manifestações decorrentes da tutela de urgência, tal como prevista pelo direito italiano, a finalidade é sempre a mesma: assegurar, mediante provimento jurisdicional provisório, uma hipotética situação acautelanda, prevenindo a ocorrência de um dano. Tem natureza instrumental em relação ao provimento definitivo, destinado a atuar a regra de direito substancial sobre essa mesma situação.¹⁹⁰

Percebe-se, assim, que o ordenamento italiano considera os chamados provimentos de urgência, inclusive a técnica antecipatória dos efeitos da decisão final de mérito, como espécies de provimentos cautelares, ao contrário do Código de Processo Civil Português, que trata as medidas de urgência como procedimentos. Contudo, assim como o sistema legal português, como se verá adiante, o dispositivo italiano não diferencia a técnicas antecipatórias das de índole cautelar, cuja natureza é, preponderantemente, assecuratória, instrumental, como restou demonstrado.

A previsão de medidas acautelatórias segue uma tendência do sistema italiano de impedir que o jurisdicionado se submeta ao procedimento ordinário, extremamente moroso e ineficaz. Daí a previsão de modificações legislativas elaboradas por uma comissão do governo italiano, sob a presidência de Romano Vaccarella, tendo sido aprovado em 23.10.2003, estando a depender da aprovação do seu Senado e da Câmara dos Deputados (Projeto Vaccarella).

Tal proposta legislativa pretende gerar um procedimento em que se defira, imediatamente, a tutela requerida pelo autor, formando-se um título executivo que somente pode ser discutido mediante impugnação da parte prejudicada pela tutela deferida antecipadamente.¹⁹¹

Nesse contexto, verifica-se a intrínseca familiaridade entre o sistema italiano e o brasileiro, que torna possível a antecipação de uma decisão de conteúdo meritório em prol da

¹⁹⁰ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 53.

¹⁹¹ RICCI, *op. cit.*, 2005, p. 265.

efetividade do processo, ainda que se relativizem os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, sempre sopesando os valores constitucionais postos em xeque (proporcionalidade).

2.4.2. Ordenamento Processual Português

Como ressaltado, aspecto semelhante encontra-se no Código de Processo Civil Português¹⁹², o qual prescreve em seus art. 381º, 383º e 387º:

CAPÍTULO IV

DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES

SECÇÃO I

PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM

ARTIGO 381.º

(Âmbito das providências cautelares não especificadas)

1. Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado.

[...]

ARTIGO 383.º

(Relação entre o procedimento cautelar e a acção principal)

1. O procedimento cautelar é sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de acção declarativa ou executiva.

[...]

ARTIGO 387.º

(Deferimento e substituição da providência)

1. A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão.

A simples leitura dos dispositivos transcritos denota que os procedimentos ali tratados abrangem, indistintamente, providências de cunho assecuratório e satisfativo, instaurados como preliminar ou como incidente da ação principal, cujos requisitos se assemelham aos da tutela cautelar no ordenamento brasileiro, quais sejam: a probabilidade séria da existência do direito e o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação a ele (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Nelas estão presentes as características fundamentais dessa modalidade de tutela, a instrumentalidade (subordinação instrumental), a provisoriedade e a cognição superficial.

Nesse cenário, a discussão acerca da fungibilidade ou flexibilização das técnicas de urgência é infrutífera em razão do propósito do legislador português de regulamentar a

¹⁹² Disponível em: <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf> (Acesso em 02.06.08).

tutela antecipada como cautelar, submetendo-a ao mesmo regime jurídico (poder geral de conceder medidas atípicas).¹⁹³

2.4.3. Ordenamento Processual da Argentina e do Uruguai e o Código Tipo de Processo Civil para a América Latina

Semelhante ao ordenamento português e italiano, o Código de Processo Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 prevê, no capítulo destinado ao processo cautelar (Título II, art. 274 a 281), dispositivo que regula o poder geral de cautela do juiz exercido através de medidas denominadas de *provisionales y anticipativas*, destinadas a evitar lesão grave ou de difícil reparação ou para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de fundo.

É como dispõe o seu art. 280:

Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.¹⁹⁴

Reproduzindo o mesmo teor desse dispositivo encontra-se o art. 317 do *Código General Del Proceso* do Uruguai, cujo conteúdo demonstra que as medidas antecipatórias são reguladas como se fossem espécie de procedimento cautelar, senão vejamos:

Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

Da inteligência da norma ora transcrita, vê-se que o procedimento para se antecipar os efeitos da tutela, no Código Geral de Processo Uruguai, é o mesmo utilizado para as medidas cautelares, inclusive referentemente aos requisitos legais, ao oferecimento de caução na maioria das vezes, à regra da concessão *inaudita altera parte* etc.

¹⁹³ Em idêntico sentido é o art. 1.428 da Ley de Enjuiciamiento Civil (ordenamento espanhol), donde o poder geral de cautela autoriza tanto medidas de caráter meramente conservativo como as de conteúdo provisoriamente satisfativo (BEDAQUE, *Op. cit.*, 2006b, p. 43).

¹⁹⁴ Art. 280: Fora dos casos regulados nos artigos anteriores, poderá o tribunal adotar as medidas provisionais e antecipativas que julguem adequadas para evitar que se cause a parte, antes da sentença, uma lesão séria ou de difícil reparação ou para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão final. (tradução livre)

Enquadra-se na mesma hipótese o ordenamento processual argentino, sendo exemplo disso o art. 232 que dispõe acerca das medidas cautelares genéricas, disciplinando que:

Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.¹⁹⁵

Nesse ordenamento há previsão expressa da fungibilidade (art. 204), bem como amparo, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, de uma tutela cautelar inovadora, ou seja, de uma medida destinada a promover alterações provisórias no estado de fato ou de direito, a fim de afastar prejuízo irreparável. Trata-se de modalidade cautelar que representa verdadeira antecipação de tutela, haja vista a sua incidência para efeito de regulamentação provisória do direito material *sub judice*.¹⁹⁶

2.4.4. Ordenamento Processual Francês

Não passa despercebida pelo sistema processual francês a existência de situações que impedem ao jurisdicionado aguardar o desfecho de um procedimento comum, dada à necessidade de urgente intervenção do Judiciário, sob pena de perecimento do direito da parte e de negativa ao acesso à justiça.

São os art. 484 a 492 e 808 a 811, do Novo Código de Processo Civil francês, os responsáveis direto pela regulamentação do instituto denominado de *référé*, por meio do qual as partes podem obter, de forma provisória, decisões que se mostrem necessárias seja para a instrução ou conservação da causa principal (*référé provision* ou *probatoire*), seja para assegurar a antecipação do mérito do processo (*référé injonction*).

A *ordonnance de référé* está definida no art. 484 como uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz, que não é o da causa principal, o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias.

¹⁹⁵ Art. 232. Fora dos casos previstos nos artigos precedentes, quem tiver fundado motivo para temer que, durante o tempo anterior ao reconhecimento judicial de seu direito, este poderia sofrer um prejuízo iminente ou irreparável, poderá solicitar medidas urgentes que, segundo as circunstâncias, fossem mais aptas para assegurar provisionalmente o cumprimento da sentença. (tradução livre)

¹⁹⁶ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 44.

Caracteriza-se o *référé* pela simplicidade, ausência de formalismos e celeridade que se imprime ao procedimento, no qual o contraditório se estabelece, necessariamente, através de audiência e em prazo a ser fixado pelo julgador, de acordo com as circunstâncias fáticas examinadas, podendo inclusive a audiência ser marcada em dias feriados.

Edoardo F. Ricci resume perfeitamente o procedimento do *référé*:

Enfim, o procedimento é bastante informal e rápido. O autor propõe a demanda (assignation), que é comunicada ao réu (art. 485); decorrido o prazo para a apresentação de defesa, realiza-se a audiência (perante juiz monocrático ou colegial: arts. 486 e 487); finalmente, é proferido o provimento (ordonnance).¹⁹⁷

Oportuno acrescentar que além do *référé*, o ordenamento francês prevê as chamadas “*les ordonnances sur requête*”¹⁹⁸, medidas provisórias, desprovidas, em princípio de contraditório – “somente estabelecido por iniciativa da parte prejudicada pela medida provisória deferida pelo julgador, via recurso de apelação ou de retratação” – aplicáveis em situações de urgência e que não tenham caráter de irreversibilidade, sendo amplamente utilizadas para a exibição de coisa ou documento, para a regulamentação do direito de visitas e para a viabilização da separação de corpos, nos casos de dissolução de relacionamento.

Tanto as *ordonnances sur requête* com as *référé* destinam-se a incidir sobre situações de urgência, não havendo nítida separação entre tutela cautelar *lato sensu* e tutela sumária não cautelar. A estrutura dos provimentos cautelares acaba por ser muito mais flexível do que a previsão contida no nosso ordenamento jurídico, seja pelo fato da eficácia daquelas medidas não se subordinarem a prazo preestabelecido na lei ou pela sua independência em relação à decisão principal, cuja ausência não cessa automaticamente sua eficácia – “a provisoriedade não se mostra incompatível com a estabilidade da medida”.¹⁹⁹

Com efeito, a renúncia da tutela de cognição exhaustiva é algo natural para esse ordenamento, podendo a medida sumária transformar-se na resolução definitiva da lide, sem que haja alteração da sua natureza acautelatória. Calha registrar que a mesma situação é prevista no ordenamento alemão, onde os casos regulados pela tutela cautelar (poder genérico de concessão de cautelares) são imensuráveis, o que afasta qualquer dúvida quanto à inclusão neste rol dos provimentos satisfativos.²⁰⁰

¹⁹⁷ RICCI, *Op. cit.*, p. 259.

¹⁹⁸ O artigo 493, do CPC francês, dispõe que: “*L’ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse.*”

¹⁹⁹ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, pp. 56 e 58.

²⁰⁰ Inclui-se neste ambiente o ordenamento austríaco que, por sua vez, admite um grau de generalidade maior inerente ao poder cautelar, possibilitando ao julgador adaptar a medida às necessidades do caso concreto em qualquer situação de direito substancial, seja em tutela cognitiva ou executiva (*Ibidem*, p. 46).

Nesse sentir, Bedaque pondera:

Verifica-se, pois, que a tutela antecipatória regulada pelo § 940 da ZPO é tratada como umas das modalidades de cautelar e, tanto quanto qualquer outra, tem como escopo precípua assegurar provisoriamente a satisfação do direito ameaçado pela demora da tutela jurisdicional ordinária.²⁰¹

2.4.5. Ordenamento Processual dos países da *common law*

Nos países sujeitos às tradições do *common law*, em que o direito costumeiro prevalece sobre as regras positivadas (diametralmente oposto às nações ligadas ao *civil law*), as quais pouca influência exerce sobre a condução do processo pelo magistrado, a este são conferidos poderes de escolha do mecanismo mais adequado ao caso concreto, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Não há, em princípio, medidas predeterminadas.

Integrado a esse poder geral existem as *injunctions* (*mandatory e prohibitory injunction*), com função particularmente cautelar e que autorizam ao julgador a utilização de mecanismos que possibilitem às partes do litígio usufruírem, antecipadamente, do direito a que perseguem no processo judicial.

Fundamentam-se no *contempt of court* (desprezo à corte ou desacato ao tribunal), que constitui meio de coerção indireta para obediência do comando do juiz contido em uma *injunction*. Por força dele, autoriza-se ao magistrado a invocação de critérios extralegais (normas sociais e morais) para implementar quaisquer medidas judiciais, a fim de afastar os obstáculos ao desenvolvimento regular da atividade jurisdicional.

Como informa Bedaque: “No direito inglês e no norte-americano, o juiz tem o poder genérico de assegurar a atuação correta da função jurisdicional, reprimindo qualquer tentativa de impedi-la, como fundamento no *Contempt of Court*.”²⁰² E arremata o autor:

Pouca ou nenhuma importância assume no sistema o caráter meramente conservativo ou antecipatório da medida. O que importa é a provisoriedade, elemento fundamental para distingui-la das medidas definitivas, destinadas a dar solução ao direito controvertido. E todas as medidas provisórias são tratadas indistintamente como cautelares.²⁰³

²⁰¹ *Ibidem*, p. 57 (consideração inspirada na obra de Hildegard Massari intitulada “La stabilità del provvedimento cautelare nel processo civile tedesco”, *Rivista di diritto processuale*. 2. Padova, CEDAM, aprile/guigno, 1996, p. 497).

²⁰² BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, p. 38.

²⁰³ *Ibidem*, p. 60.

O contexto apresentado demonstra que não só nos países de origem civilista, mas também em nações reguladas pelo *common law*, existe a preocupação de disponibilizar aos jurisdicionados mecanismos eficazes de acesso à jurisdição, tornando o processo meio confiável na proteção de direitos já violados ou com probabilidade de serem desrespeitados.

Em análise final, impõe-se reverenciar o ponto de convergência existente entre todos os ordenamentos jurídicos mencionados, qual seja: a importância fundamental conferida ao resultado do processo. Eis, portanto, a perspectiva primordial a servir de farol para qualquer construção normativa e interpretativa do direito que pretenda espelhar o verdadeiro senso de equidade.

3. OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE PROCESSUAL, PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA: FUNDAMENTOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA *EX OFFICIO*.

3.1. A (re)estruturação da técnica antecipatória no ordenamento processual brasileiro frente à exigência da efetividade da tutela jurisdicional

Como ressaltado anteriormente, o sistema processual brasileiro tem como alicerce fundamental o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do qual decorrem outros princípios asseguradores do amplo acesso à justiça. Trata-se de um ideal – *perspectiva instrumentalista do processo* – que precisa ser constantemente revisitado pelos operadores do direito e pelo Poder Legislativo a fim de que o ordenamento esteja em contínua evolução.

Nesse contexto, inegável que a tutela antecipada de que tratam os artigos 273, *caput* e incisos I e II, e 461, § 3º, do CPC, além de outros institutos e procedimentos implementados pelas reformas do Código de Processo Civil, notadamente as operadas entre 1994 e 2007, trouxe um avanço na efetividade da prestação jurisdicional, no intento de assegurar, de forma provisória e efetiva, o bem da vida pleiteado pelo cidadão. Tais modalidades de antecipação de tutela se apresentam com um conteúdo mais amplo quanto ao seu alcance, desvincilhando-se da aceção estritamente vinculada às medidas liminares.

Nota-se, pois, que o legislador apenas estruturou a respectiva categoria instrumental, formulando um instituto de caráter genérico (art. 273, I e II, do CPC), destinado a promover o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional nas diversas espécies de ações, ao lado de outro de índole específica dirigido às denominadas tutelas específicas, cujo objeto principal é o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou de entregar coisa (art. 461, §3º, do CPC).

No entanto, à presente pesquisa interessa apenas a categoria disposta no art. 273, inciso I, do CPC, de modo que o contexto do trabalho se limitará ao trato de possibilidades relacionadas tão somente à aplicação do instituto em caso de urgência, isto é, quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito substancial.

Impende destacar que todas as reformas implementadas no âmbito processual tiveram como escopo “remover óbices à efetividade do acesso à justiça, [...] representados (a)

pela admissão em juízo, (b) pelo modo-de-ser do processo, (c) pela justiça das decisões e (d) pela sua efetividade, ou utilidade.”²⁰⁴

A despeito desses inúmeros passos positivos do direito processual civil brasileiro, alguns institutos processuais ainda não conseguem obter a sua potencialidade máxima, pois enfrentam o óbice do formalismo exacerbado presente na mentalidade de boa parte dos juristas e operadores do direito, inclusive daqueles que, apesar de advogarem a favor da efetividade da tutela jurisdicional, são contra a concessão, excepcional, da antecipação da tutela sem necessidade de requerimento da parte, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco e Maria Fátima V. R. Leyser.²⁰⁵

Em linhas gerais, para concessão da antecipação da tutela, especificamente a disposta no inciso I do art. 273, do CPC²⁰⁶, exige-se a presença de certos requisitos gerais e específicos, a saber: a) existência de uma ação em curso (instrumento endoprocessual); b) concessão mediante decisão fundamentada (§1º do art. 273 – garantia constitucional prevista no art. 93, IX, da CF/88); c) reversibilidade do provimento concedido face à natureza precária e interinal do instituto (§2º do art. 273)²⁰⁷; d) requerimento da parte; e) prova inequívoca acerca da existência do direito material invocado; f) convencimento do juiz com base na verossimilhança da alegação de violação do direito²⁰⁸; e g) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em virtude da mora processual.

²⁰⁴ DINAMARCO, *op. cit.*, 2003b, p. 36.

²⁰⁵ PEREIRA FILHO, Benedito. Tutela antecipada: concessão de ofício? **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, (32), abril/junho de 2004, p. 227.

²⁰⁶ A restrição da análise apenas ao inciso I do art. 273 do CPC já restou, precedentemente, justificada.

²⁰⁷ Para Teixeira: “A exigência de inexistência de perigo de irreversibilidade, contudo, não é um requisito insuperável no âmbito do instituto da antecipação de tutela. Em situações-limite, nas quais a não-concessão de uma medida antecipatória de caráter irreversível ensejará a inutilidade do provimento jurisdicional final (como na hipótese de um doente cardíaco que postula judicialmente a realização, por um hospital, de uma cirurgia indispensável à sua sobrevivência), a probabilidade decorrente da evidência do direito tutelado pelo ordenamento jurídico poderá autorizar o magistrado, à luz do princípio da proporcionalidade, sobrepor a tal exigência genérica o interesse em assegurar a efetividade do direito material de maior relevância social.” (*Op. cit.*, 2007, pp. 522/523). Em igual sentido é a opinião perfilhada por Cassio Scarpinella Bueno, o qual sustenta que “[...] quando houver bens jurídicos de valores diversos em conflito, o magistrado está autorizado a não aplicar o § 2º do art. 273, para a concessão da tutela, desde que presentes os pressupostos ‘positivos’, [...]”. (*Op. cit.*, 2007, p. 68). Na mesma linha de raciocínio: Fernando Gama de Miranda Neto (**A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005).

²⁰⁸ Segundo Marinoni: “[...] a convicção de verossimilhança não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, mas sim de uma regra processual que parte da premissa de que ao juiz basta, para conceder a tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança. Diante do art. 273, portanto, o juiz está autorizado a decidir com base na convicção de verossimilhança preponderante. Decidir com base na verossimilhança preponderante, quando da tutela antecipatória, significa sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade.” (Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. **Revista Jurídica**, São Paulo, Ano 53, n.º 328, p. 9-28, fevereiro de 2005)

Dentre os requisitos especiais arrolados, é o descrito na letra “d” (*requerimento da parte*) que evoca atenção especial ao objeto desta pesquisa. Rigorosamente interpretando o dispositivo legal tem-se por impossível a concessão de tal medida antecipatória sem que para tanto a parte tenha manifestado interesse pelo provimento de urgência.

A partir dessa análise isolada e fria do instituto em tela, muitos dos juristas e operadores do direito, lamentavelmente, defendem a aplicação da técnica processual apenas na hipótese de requerimento expresso do interessado, o que contraria, frontalmente, o direito fundamental à efetividade da jurisdição e seus princípios integradores (dignidade da pessoa humana, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, razoável duração do processo além de outros).

Não se quer aqui banalizar a concessão do instituto, muito menos advogar em prol da ampliação dos poderes dos magistrados. Ao revés, pretende-se tão somente assegurar a viabilidade do provimento judicial final (utilidade), permitindo ao julgador a possibilidade de utilização de ferramentas adequadas ao cumprimento do dever de entregar uma efetiva prestação jurisdicional.

Não obstante a clareza da norma em desate, convém ao julgador, diante de situações limite, relevar as formalidades legais em prol da efetividade processual e de sua missão maior de gerar justiça no caso concreto. É o interesse social de proporcionar justiça na hipótese em concreto sobrepondo-se aos interesses meramente individuais das partes.²⁰⁹

Ora, aceitar a tutela antecipada como instrumento apto a realizar a efetividade do acesso à justiça, de modo a evitar demoras injustas impostas ao demandante, detentor do direito mais provável na relação processual, e ao mesmo tempo restringir a possibilidade do magistrado conceder a medida emergencial satisfativa *ex officio*, constitui um claro paradoxo processual e constitucional, haja vista os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais inerentes ao processo).

É sabido que a atividade estatal, desempenhada por meio do processo judicial, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas substanciais.

O processo ideal, portanto, é o que dispõe de mecanismos capazes de produzir ou induzir a concretização do direito mediante a entrega efetiva da prestação que se busca, ou

²⁰⁹ TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 524/525 e 532.

seja, da prestação *in natura*. Ocorrendo isso, com a obtenção pelo titular do direito do que exatamente pretendia, vê-se, realmente, uma tutela jurisdicional efetiva e específica.²¹⁰

A *contrario sensu*, a tutela pelo equivalente monetário tem íntima relação com os valores do direito liberal-burguês, pois o Estado liberal se preocupava apenas em assegurar a liberdade dos cidadãos e não em corrigir as distorções sociais, interferindo na esfera jurídica do particular.

Partindo dos pressupostos de que todos os bens e pessoas eram iguais e que os bens poderiam ser expressos por um valor em dinheiro, inexistia, assim, uma preocupação em garantir a tutela específica das pretensões submetidas ao crivo do Estado-Juiz, bastando a tutela pelo equivalente pecuniário da prestação não cumprida (execução por equivalente). O processo civil, portanto, era indiferente aos direitos e à própria vida das pessoas.

Atualmente, não se pode imaginar uma tutela processual distante do direito material. A tão falada instrumentalidade processual só se torna autêntica no momento em que os liames processuais estão inteiramente correlacionados com os ditames do direito material, de forma a garantir, efetivamente, o cumprimento adequado, útil e tempestivo da pretensão submetida à jurisdição, com a disponibilização de meios executórios necessários ao cumprimento da obrigação material.

Cabe ao processo civil dispor de mecanismos aptos a realizar a função institucional que lhe toca, qual seja, a de assegurar ao jurisdicionado que tenha razão tudo aquilo e exatamente aquilo que, porventura, tenha direito de receber. Porém, para que essa resposta jurisdicional seja a mais plena possível – *atendendo ao princípio da efetividade processual*, faz-se necessário que a decisão final seja pronunciada em um lapso temporal compatível com a natureza do objeto litigioso, sob pena de se tornar utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito.²¹¹

Nesse diapasão, afirma Barbosa Moreira:

[...] o processo avizinha-se do *optimum* na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade.²¹²

²¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34-35. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman: 42).

²¹¹ GOUVEIA, *op. cit.*, 2002, p. 32.

²¹² MOREIRA *apud* STONOGA, Andreza Cristina, 2003, p.116.

Seguindo essa ideologia de um processo civil de resultados práticos, não há como se desviar do protecionismo jurídico alicerçado pelo sistema constitucional. Consciente disso é que o ordenamento processual confere ao juiz o poder-dever de providenciar qualquer medida assecuratória em função do direito material e da própria atividade jurisdicional. É pela índole constitucional das tutelas de urgência que o magistrado está legitimado a conceder de ofício medidas acautelatórias, sejam de natureza estritamente cautelar ou de índole provisória, bem como técnicas definitivamente satisfativas.

Não obstante o entendimento majoritário caminhar em sentido contraposto, Bedaque é enfático ao sustentar que:

Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo. Nessa medida, afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocante à tutela antecipatória pode levar a soluções injustas.²¹³

Pela mesma linha de raciocínio segue o pensamento de Carpena:

Ora, não se pode compreender que possa ficar o magistrado de mãos atadas perante a situação periclitante que, sem dúvida, trará grande prejuízo à sua própria manifestação futura a respeito da lide, ou mesmo à efetividade e eficácia de sua declaração na sentença, em nome de um princípio dispositivo que lhe tolhe e compromete toda a atividade, já exercida e ainda a ser.²¹⁴

3.2. Os supostos entraves teóricos e legais à concessão *ex officio* da antecipação dos efeitos da tutela

A despeito das considerações trilhadas acerca do poder-dever do magistrado antecipar *ex officio* os efeitos do provimento final à luz do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, levantam os defensores de posicionamento contrário à concessão autônoma alguns supostos entraves de caráter teórico e legal, todos, plenamente, superáveis.

Argumentam, para tanto, que tal atitude do julgador afrontaria os princípios da demanda, da inércia da jurisdição, da congruência ou adstrição do juízo ao pedido das partes, dispositivo, além de suscitarem o aspecto da responsabilidade objetiva dos sujeitos processuais.

²¹³ BEDAQUE, *op. cit.*, 2006b, pp. 384/385.

²¹⁴ CARPENA, *op. cit.*, p. 181.

Partindo do pressuposto de que a finalidade maior da jurisdição é prestar a tutela a quem necessita, disponibilizando todos os meios necessários e adequados ao cumprimento específico da pretensão invocada, e uma vez movimentada a jurisdição, cabe ao juiz impulsioná-la por meio de atos de ofício (princípios do impulso oficial e inquisitivo), desde que respeitados os limites do pedido, insustentáveis tornam-se os supostos óbices à concessão *ex officio* da medida de urgência em apreço.

A antecipação da tutela, ainda que não explicitada pelo demandante, encontra-se inserta no contexto processual e implícita em toda ação, pois inconcebível que alguém movimente a máquina estatal sem a pretensão de ter imediatamente o seu direito realizado. Caso a parte favorecida, injustificadamente, não aceite a medida emergencial conferida pelo julgador, este deve extinguir o processo sem julgamento do mérito por flagrante ausência de interesse processual, haja vista a proibição de se conceber o judiciário como órgão consultivo.²¹⁵

O art. 112 do Novo Código Civil (antigo art. 85 do CC de 1916) determina que, nas declarações de vontade, atender-se-á mais a sua intenção do que o sentido literal da linguagem. Vê-se, então, que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria subjetiva ou da vontade dos atos jurídicos.

Transferindo esse contexto para o terreno processual, possível a sustentação da viabilidade da tutela antecipada *ex officio*, como decorrência lógica do próprio pedido formulado na exordial, ou seja, como pedido implícito a qualquer demanda submetida ao crivo estatal.²¹⁶

Nesse sentido, seguem dois acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional da Terceira Região, cujo teor reflete bem a proposição acima:

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 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

²¹⁵ PEREIRA FILHO, *op. cit.*, 2004, p. 229.

²¹⁶ FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. **A concessão da tutela antecipada em face de sua postulação implícita.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: UNICAP, 2007, p. 80.

abrigo decente, não tem o menor interesse pelas firulas e esquemas de nosso retrógrado, ineficiente e ilusório sistema processual civil. 3. Agravo regimental improvido.²¹⁷

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 o 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.²¹⁸

Como se sabe, o princípio da demanda serve apenas para provocar ou movimentar a jurisdição, já que a disponibilidade do direito material é decisão exclusiva da parte. A partir de então, a preocupação passa a ser com os princípios: dispositivo, inquisitivo, impulso oficial, congruência ou adstrição do juízo ao pedido das partes, ou seja, com uma gama de princípios correlacionados com a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

A despeito da proximidade íntima desses postulados fundamentais ao processo, não se deve confundir o princípio da demanda com o dispositivo, pois aquele se refere ao alcance da própria atividade jurisdicional e ao exercício do direito subjetivo das partes (direito de ação – ressalvada as hipóteses excepcionais de demanda instaurada por iniciativa do Juízo), tendo conteúdo similar ao princípio da inércia da jurisdição (visão passiva), enquanto que este diz respeito à disponibilidade das partes em relação aos atos processuais a serem praticados no curso do processo, durante o transcorrer da causa posta sob julgamento.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AGRAC - Agravo Regimental na Apelação Cível n.º 98.03.067066-2/SP, Quinta Turma, Rel. Des. Johansom Di Salvo, Publicado no DJU de 01.08.2002, p. 388. Extraído do site <http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa>. Acesso em 10.07.2008.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AC - Apelação Cível n.º 2004.03.99.034536-4/SP, Sétima Turma, Rel. Des. Walter do Amaral, Publicado no DJU de 26.04.2007, p. 459. Extraído do site <http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa>. Acesso em 10.07.2008.

Na visão percuciente de Cretella Neto, o primeiro revela-se imprescindível à instauração do processo e o segundo para fazê-lo prosseguir em direção à decisão judicial definitiva.²¹⁹

Para o processualista Ovídio Baptista da Silva, a distinção entre o princípio dispositivo e o princípio da demanda é algo relevante. Em sua perspectiva, aquela norma autoriza que as partes disponham da causa, omitindo-se quanto à alegação e prova dos fatos ou até mesmo no que tange à marcha processual, restringindo, de certa maneira, os limites de atuação do magistrado. Por outro prisma, o postulado da demanda reflete o direito subjetivo da parte em quebrar a inércia da jurisdição.²²⁰

Em verdade, os princípios da demanda e dispositivo são complementados e não contrapostos pelos princípios do impulso oficial e inquisitivo, os quais transferem ao juiz o poder-dever de impulsionar e desenvolver a relação processual através de todos os meios ao seu alcance, sempre em direção ao resultado prático mais próximo da equidade, independentemente da iniciativa ou da colaboração dos demais sujeitos do processo.

Apresentando crítica à divisão esquemática e à rigidez artificial convencionalizada no tocante à participação dos sujeitos processuais na atividade instrutória e judicante, Barbosa Moreira destaca que:

[...] nenhum ordenamento processual pode regular a instrução probatória em termos de exclusividade absoluta, quer em favor das partes, quer do juiz: necessariamente se concede algum espaço àquelas e a este, e a respectiva dosagem varia até no interior de um mesmo sistema jurídico, ao longo do tempo, ou de acordo com a matéria.²²¹

Inegável, então, que tais princípios convivem naturalmente e não constituem óbices a uma atuação de ofício do magistrado. Como já explanado, nenhum princípio impera de forma absoluta, o que há é uma preponderância de um em relação ao outro, a depender da natureza do interesse em tela e das circunstâncias do caso em concreto.

Exemplo disso é a previsão exposta nos art. 130 e 262, ambos do CPC, os quais permitem ao julgador de ofício determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias e impulsionando o processo. Inclui-se aqui também o art. 290, do CPC, cujo teor permite ao magistrado integrar à sentença

²¹⁹ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p.134.

²²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996. vol. 1, pp. 63-64.

²²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

condenatória, independentemente de requerimento expresso do autor, as prestações periódicas, enquanto durar a obrigação.²²²

Não se pode olvidar que a prestação da tutela jurisdicional é dever do Estado e que o processo e a ação são apenas instrumentos disponíveis às partes para conseguirem a entrega da efetiva tutela dos direitos por parte do Estado-Juiz.²²³

Portanto, dentro do âmbito processual, as iniciativas não dependem tão somente das partes, mas principalmente do magistrado, o qual deve realizar escolhas à vista das técnicas próprias ao instrumento processual, bem assim adequadas ao objetivo a ser alcançado.

As questões materiais e processuais não se restringem à natureza do bem jurídico litigiosa (patrimonial, disponível ou indisponível), mas se centraliza no dever do Estado em aplicar os dispositivos ideais ao caso concreto, de modo que a direção formal do processo é do Juízo e não das partes que detêm apenas a condição de colaboradores do órgão judicial.²²⁴

Com efeito, imprescindível é a participação ativa do juiz na relação processual. É o que explicita Álvaro de Oliveira ao declarar: “[...] proposta a demanda e delimitados os seus contornos essenciais, constitui dever do Juiz controlar o rápido, regular e leal desenvolvimento do processo, assumindo, quando for o caso, os meios probatórios, nos limites objetivos da causa.” Em arremate, afirma 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. E aí está o art. 130 do CPC para comprovar a proposição.”²²⁵

Esse ativismo do magistrado não compromete a sua imparcialidade, pois em hipótese algum estará demonstrando interesse direto ou pessoal na demanda que julga, mas tão somente concretizando de um direito fundamental.

Inspirado em José Renato Nalini, acentua Lima: “O juiz, moralmente comprometido com a missão de realizar o justo, inquieto diante da complexidade

²²² Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

²²³ Nesse particular, Schmidt Junior considera: “[...] de logo se nota que por princípio dispositivo não se pode entender ampla, geral e irrestrita disposição das partes sobre o processo. [...] Assim, quando o juiz atua de alguma forma não postulada pelas partes, não está, necessariamente, violando o princípio dispositivo: pode estar atendendo aos reclamos das disposições de ordem pública.” (Op. cit., pp. 121 e 144).

²²⁴ PEREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 234.

²²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In **Revista de Processo**. Ano 19, n.º 73. São Paulo: RT, jan.-mar. 1994, p. 8.

procedimental, criará, ele próprio, alternativas propiciadoras da efetividade processual, não se tranquilizando com auto-escusa calcada nas deficiências do sistema.”²²⁶

Quanto à responsabilidade objetiva do demandante, tal argumento não subsiste diante da ausência da certeza absoluta inerente a qualquer decisão judicial, bem assim do próprio dever jurisdicional emanado do Estado em tutelar o bem da vida ameaçado a fim de preservar a utilidade da resposta processual. Há de se notar que a concessão de tutela antecipada, a requerimento ou de ofício, não produz efeitos distintos, nem se submete a pressupostos diferenciados, pois a exigência prevista do art. 273, do CPC (requerimento da parte) é apenas mera formalidade processual.

Desta feita, o aspecto da responsabilidade processual deve ser tratado com a mesma intensidade em ambas as formas de concessão da antecipação da tutela jurisdicional (*ex officio* ou provocada) e em igual teor ao disciplinado no art. 811, I, do CPC²²⁷, sendo do beneficiário da tutela a responsabilidade processual em caso de reforma da decisão, pois é dele o risco decorrente da simples movimentação da máquina judiciária.

Como já ressaltado, a antecipação da tutela está implícita em toda ação, pois é inconcebível alguém movimentar a máquina estatal sem a pretensão de ter imediatamente o seu direito realizado. Esse caráter implícito ou tácito é consectário lógico dos princípios da demanda e da proteção judiciária.

A esse propósito, invoca-se o disposto nos art. 14, 16 e 17 do Código de Processo Civil²²⁸, uma vez que é dever da parte e de seu representante judicial procederem com lealdade e boa-fé, expondo os fatos, conforme a verdade, e formulando pretensões fundamentadas no ordenamento jurídico, sob pena de responderem por perdas e danos.

²²⁶ NALINI *apud* LIMA, George Marmelstein. **Antecipação de tutela de ofício?** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2930>. Acesso em: 10.05.2008.

²²⁷ Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

²²⁸ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

[...]

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

A atuação autônoma do julgador ao conceder a tutela antecipada pressupõe, ainda que através de cognição sumária, o atendimento aos deveres processuais por aquele que está se beneficiando com a medida de urgência satisfativa. Não pode o Estado ser responsabilizado por atos de proteção ao verossímil direito material e à própria utilidade da resposta jurisdicional, ou seja, por atitudes condizentes com os princípios e garantias constitucionais.

Alguns doutrinadores preferem adotar outra perspectiva acerca da responsabilidade objetiva decorrente de tutela antecipatória não confirmada no provimento definitivo. Nada obstante sustentarem a impossibilidade desse perigo constituir óbice à concessão da medida de urgência satisfativa ou gerar interpretação restritiva aos dispositivos processuais, sugerem, como alternativa viável para mitigação do risco de dano, a redução da sumariedade na cognição e a incidência do princípio da ponderação de bens (proporcionalidade).²²⁹

Acrescentam, ainda, a exigibilidade de caução como outro mecanismo destinado a evitar dano à parte que, após suportar os efeitos da medida de urgência, obtém provimento definitivo a seu favor. Trata-se de verdadeira contracautela destinada a suavizar a violência representada pela invasão da esfera jurídica da parte adversa, sem a análise profunda das razões atinentes à situação concreta material.²³⁰

Em que pese o mérito das ponderações expostas, prefere-se adotar as idéias apontadas nos parágrafos anteriores, no sentido de que cabe ao beneficiário dos efeitos da medida, e não ao Estado-Juiz, responder por qualquer dano provocado à parte adversa, haja vista o ato judicial está fundado em princípios e garantias fundamentais.

Além disso, é preciso considerar que a exigência de garantia em determinadas situações acaba por inviabilizar a finalidade da proteção provisória deferida, de modo que se afigura mais razoável sacrificar o improvável em benefício do provável (*lógica da verossimilhança preponderante*²³¹).

Somente as circunstâncias reais é que fornecerão ao julgador elementos seguros e convincentes a respeito da necessidade de concessão da técnica processual de urgência, independentemente de provocação ou não da parte interessada.

De qualquer sorte, apesar da responsabilidade ser objetiva, deve o réu comprovar devidamente o nexo causal e a existência de dano material ou moral decorrentes da efetivação da tutela antecipada concedida, pois só assim obterá êxito na reparação investida em desfavor

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **ART. 273**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_civil.htm. Acesso em: 15.01.2008.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ MARINONI, *op. cit.*, 2005, p.20.

do beneficiário dos efeitos da medida antecipatória. Em suma, cabe ao autor assumir o risco pelo exercício da demanda e não ao Estado.

Por outro lado, é o próprio sistema jurídico que oferece condições para o deferimento de ofício da medida satisfativa ora tratada, a exemplo do que permite o art. 7º, inc. II, da Lei n.º 1.533/51 (mandado de segurança), o qual confere ao juiz a possibilidade de conceder liminar de ofício, desde que presentes os pressupostos para tanto, bem como a disposição contida no § 3º do art. 461 do CPC²³², que, por sua vez, não prevê a necessidade de requerimento da parte para a concessão das medidas específicas e adequadas à situação material.

Note-se, ainda, que a Lei n.º 10.259/2001, que regulamenta os Juizados Especiais Federais, dispõe que: “Art. 4º O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.” É nesse sentido que se tornou prática corrente nos Juizados Especiais Federais a concessão de ofício da tutela antecipada e não apenas da medida cautelar.²³³

Discorrendo sobre a concessão do provimento antecipatório previsto no § 3º do art. 461 do CPC, Sérgio Torres Teixeira expõe, com clareza, que:

²³² Art. 461. *omissis*. § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

²³³ Segue aresto do Tribunal Regional Federal da 3ª Região favorável à concessão *ex officio* da tutela antecipada: **EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA EX OFFICIO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 201, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTADO DE NECESSIDADE COMPROVADO. FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL INSCRITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.**

I - Em matéria de Direito Previdenciário, presentes os requisitos legais à concessão do benefício do artigo 201, 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 artigo 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).

II - Comprovado nos autos que o autor sofre de doença grave e degenerativa e vivendo em estado de extrema penúria à custa da caridade alheia, e considerando que o recurso de apelação do INSS espera por julgamento a quase sete anos, não pode esperar ainda que se cumpram formalismos legais e processuais até que possa receber o benefício, pelo que deve o Juiz nortear-se pelo disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum".

III - Devendo ser o julgamento convertido em diligência para a realização de estudo sócio-econômico exigido pela Lei n.º 8.742/93, bem como para que lhe seja dado representante legal, a tutela antecipada é medida de extrema equidade em face do estado de necessidade, uma vez que, como já decidiu o Egrégio STJ, o benefício em questão "foi criado com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem ação da Previdência" (STJ, Quinta Turma, REsp. 314264/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.06.2001, pág. 00185).

IV - Agravo Regimental a que se nega provimento. (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo Regimental n.º 224215/SP (94031042893), 1ª Turma, Rel. Juiz Walter Amaral. DJU 01.08.2002, p. 196). (grifos de agora)

Tal liberdade de atuação do magistrado na definição da forma mais adequada para se concretizar o acesso à justiça, dirigida ao cumprimento de seu dever de prestar uma adequada tutela jurisdicional, é tanta que o legislador sequer tratou de qualquer exigência pertinente à provocação do interessado, como requisito para a concessão do provimento antecipatório.

Novamente, o silêncio do legislador não foi acidental.

Em que pese a opinião contrária de parte da doutrina, não se revela razoável, *data vênia*, impor a tal modalidade de antecipação de tutela a exigência envolvendo a formulação de requerimento expresso da parte, à semelhança do exigido expressamente no *caput* do art. 273 do CPC. O entendimento favorável à tal exigência, além de ultraconservador, não se revela em sintonia com o moderno perfil do atual momento do direito processual pátrio, em incessante busca de efetividade enquanto instrumento assecuratório de acesso à justiça como admitir a exigência acerca de requerimento da parte interessada, prevista no art. 273 do CPC, no âmbito da modalidade de antecipação de tutela peculiar às ações cujo objeto seja obrigação de fazer ou de não fazer.²³⁴

Por questão de isonomia e lógica processual, não há justificativa plausível para se obstar a possibilidade de concessão *ex officio* da providência antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC, principalmente considerando que o receio de ineficácia do provimento final é pressuposto que pode ser evidenciado não só em hipóteses fáticas de aplicação de tutelas específicas.

Satisfeitos os demais requisitos de concessão do provimento satisfativo, deve o juiz concedê-lo, sob pena de violar a sua nobre missão de agir em defesa da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Trata-se de uma questão de assegurar o efetivo acesso à justiça, interesse nitidamente de caráter social e não individual.

Impende sublinhar, por oportuno, que a concessão da medida de urgência antecipatória, por iniciativa do próprio juízo, não se perfaz apenas em sede de primeiro grau, mas em qualquer grau de jurisdição, pois de nada valeria todo o esforço engendrado para se arquitetar um instituto apto a antecipar a tutela almejada através da prestação jurisdicional, se seus efeitos não pudessem ser concretizados e sentidos também na fase recursal.

Tal assertiva justifica-se no reconhecimento de que a recorribilidade é uma extensão da ordinaryidade. Ademais, é preciso considerar que os art. 273 e 461 do CPC não estabeleceram momento ou momentos para o pedido de antecipação de tutela, o que autoriza a implementação do instituto em qualquer grau de jurisdição, desde que presentes os requisitos essenciais.

A análise do caso prático e a necessidade de proteção estatal imediata, a fim de evitar o comprometimento da pretensão e da prestação jurisdicional, serão decisivos à concessão *ex officio* da medida de urgência, mesmo porque cabe ao magistrado vislumbrar a

²³⁴ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 531.

solução judicial mais viável ao caso concreto, sendo dele o papel de cotejar a realidade fática com as regras e princípios que estão à sua disposição, para a partir daí, formar a norma mais adequada, efetiva e justa que irá reger o caso concreto apresentado (ato de realização do direito).²³⁵

Nessa linha, Gouveia ressalta: “O julgador tem à sua disposição regras e princípios que irão formar a norma a reger o caso concreto. Norma e caso concreto encontram-se, no devenir da atividade de realização do direito, como aspectos indissolúvelmente ligados.”²³⁶

3.3. Os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e cooperação intersubjetiva como fatores decisivos ao deferimento da medida de urgência antecipatória sem necessidade de requerimento da parte

3.3.1. Os postulados da proporcionalidade e razoabilidade: normas de proteção ao direito fundamental à efetividade do processo

Na ordem de valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito como postulado máximo instituído pela Constituição Federal de 1988 e seus posteriores e inúmeros remendos, somente a *soberania* estatal está acima da *cidadania* e da *dignidade da pessoa humana*. É por isso que o princípio da dignidade da pessoa constitui o condutor supremo do balizamento da proporcionalidade e da razoabilidade no sentido da resolução dos conflitos de direitos fundamentais.

Segundo Santos: “Essa opção demonstra o grau de importância atribuído ao princípio, que é colocado ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, os outros fundamentos escolhidos pelo constituinte.”²³⁷

É mister ressaltar ainda que, após a reforma constitucional promulgada pelo Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional Nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a Carta Política não se conforma apenas com a garantia do acesso à justiça; assegurando um *plus* ao proclamar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados razoável

²³⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000, p. 123.

²³⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual** nº 7, outubro/2003, São Paulo: Ed. Dialética, p. 51.

²³⁷ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 81.

duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII).

Por conseguinte, não mais se justifica dizer o Poder Judiciário que a morosidade se deve a essa ou àquela razão estrutural, cumprindo-lhe implementar, incontinenti, *pari passu* com o Executivo, medidas e estruturas capazes de fazer valer o comando supremo. Hoje, concretamente, “Justiça tardia é injustiça qualificada”, no dizer de Rui Barbosa, em sua monumental Oração aos Moços, além de inconstitucional.

A compatibilidade das liberdades e do poder estatal, bem como a resolução dos conflitos de direitos e princípios fundamentais somente se concretizam pela atuação equilibrada dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Proporcional, portanto, é a relação que existe entre dois ou mais valores; valores quantitativos, qualitativos, éticos, morais, jurídicos, positivistas, normativos e constitucionais. A proporcionalidade é inerente a qualquer comparação de dois termos, a qualquer opção que se pretenda abraçar dentre duas ou mais alternativas. “Por seu turno, o princípio da proporcionalidade é um instrumento específico, identificado e desenvolvido em uma dada experiência jurídico-constitucional, que permite a limitação do poder estatal.”²³⁸

Ele se apresenta como meio de assegurar que a atividade estatal seja adequada e necessária à finalidade perseguida, garantindo que a melhor solução é aquela escolhida, eis que mais justa e compatível com a realidade então vivenciada, depois de comparados os valores dos princípios conflitantes ou sopesados os méritos da melhor solução entres duas ou mais opções disponíveis à interpretação do princípio constitucional.

Na visão de Ávila, tal princípio aplica-se sempre que houver uma medida concreta a realizar uma determinada finalidade, desde que observadas as possibilidades de concretização do fim colimado (adequação) através da utilização de técnicas menos agressivas e que justifiquem as restrições incidentes sobre parte dos direitos envolvidos (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).²³⁹

Também reconhecido como princípio dos princípios²⁴⁰ ou princípio da proibição do excesso, denominação esta mais compatível com seu escopo de ferir o mínimo possível o direito sacrificado, o princípio da proporcionalidade contém três elementos que o informam, identificados também como subprincípios: o princípio da adequação (apto a atingir o fim pretendido), o princípio da necessidade (causador de menor prejuízo possível, se comparado a

²³⁸ SANTOS, *op. cit.*, p. 107.

²³⁹ ÁVILA, *op. cit.*, p. 150.

²⁴⁰ RUSSERL *apud* GUERRA FILHO, *op. cit.*, 2001, p. 92.

outros meios) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (mais vantajoso em relação às desvantagens da restrição).²⁴¹

Sobre esses três princípios parciais, Santos destaca:

São verdadeiros requisitos intrínsecos do princípio aqui em estudo. Enquanto os dois primeiros elementos tratam das circunstâncias reais da aplicação da medida estatal, considerando as possibilidades fáticas das normas que se apresentam sob a forma de princípios, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito cuida das possibilidades jurídicas dos princípios constitucionais em jogo no caso de tensão. O princípio da proporcionalidade, tomado em sentido amplo, também é conhecido como o princípio da proibição do excesso, expressão que, a nosso entender, serve como um bom substituto para o termo ‘princípio da proporcionalidade’. Aliás, resume bem qual a finalidade que guia o seu uso no controle do excesso da atividade estatal. A atuação deve estar voltada a um objetivo e não pode ir além daquilo que seria necessário e adequado ao atingimento dessa meta, como a menor agressão possível a direitos.²⁴²

O comportamento ou a medida aplicada pelo Estado para atingir o objetivo ditado pela norma deve ser adequado, idôneo e útil, razão pela qual o subprincípio da adequação tende a verificar a relação de causa e efeito entre a medida estatal e o fim visado; do contrário, apresentar-se-ia inadequada a ação do Estado, embora a adequação se verifique só pela obtenção parcial do fim colimado.

A necessidade – *também chamada de princípio da intervenção mínima, da exigibilidade ou da indispensabilidade* – diz respeito à menor interferência possível ou menor prejuízo possível no campo do direito. Trata-se da escolha de uma medida comprovadamente eficaz e insubstituível, comparada a outros meios disponíveis. Aqui a indagação é “se o meio é o que produz a menor intervenção no campo dos direitos.”²⁴³

A confirmação deste subprincípio envolve, portanto, duas etapas de investigação consubstanciadas no exame da igualdade de adequação de meios, com vista ao mesmo fim, e o exame do meio menos restritivo, este relacionado ao estreitamento dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto.²⁴⁴

Para Zollinger, as expressões “meio mais idôneo” e “menor restrição” denotam que a perquirição do princípio da necessidade realiza-se por meio do cotejo entre os variados meios disponíveis, ao tempo em que o postulado da adequação decorre da análise entre a medida a ser selecionada e a finalidade a ser atingida.²⁴⁵

²⁴¹ MIRANDA NETTO, *op. cit.*, 2005. p. 104.

²⁴² SANTOS. *op. cit.*, p. 110.

²⁴³ *Ibidem*, p. 112.

²⁴⁴ ÁVILA, *op. cit.*, p. 159.

²⁴⁵ ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 108.

Stumm entende que “a opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo.”²⁴⁶ Demonstrando preferir optar pela teoria dos princípios a fazê-lo pela teoria das regras, Alexy afirma que:

É a grande vantagem da teoria dos princípios que ela pode evitar um tal correr no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segundo ela, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor.²⁴⁷

Ele defende que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito constitui “uma lei de ponderação”, tal que: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”. Aduz que a ponderação acontece em três fases: na primeira, determina a intensidade da intervenção; na segunda, importam as razões da intervenção e na terceira “sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”.²⁴⁸

Com efeito, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito visa à ponderação entre direitos, bens e/ou interesses, cuja colisão é resolvida pela comparação de valores. Exige-se, portanto, que o meio utilizado se encontre em razoável proporção com o fim perseguido, revelando uma idéia de equilíbrio entre valores e bens (custo-benefício) e sopesamento dos bens jurídicos em jogo, bem como das vantagens e desvantagens advindas da restrição²⁴⁹. Em outras palavras, compara-se a valor do fim a ser atingido com a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, isto é, as vantagens e desvantagens advindas dos meios e do objetivo a ser concretizado.

Adequação, necessidade e ponderação – *proporcionalidade em sentido estrito* – têm a ver com o princípio proporcionalidade e este induz à existência de conflito entre princípios, verificando se os meios se compatibilizam com os fins predeterminados, se os meios são adequados, necessários e ponderáveis, de tal forma que a solução encontrada seja a que menos ofenda o direito sacrificado.

²⁴⁶ STUMM *apud* SANTOS, 2004, p. 112.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Tradução por: Dr. Luís Afonso Heck, Professor na UFRGS e ULBRA. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jul./set. 1999, vol. 217, p. 77.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 78.

²⁴⁹ ZOLLINGER, *op. cit.*, p. 109.

Apesar de não consagrado expressamente no texto constitucional de 1988, esse postulado está implícito no ordenamento constitucional²⁵⁰, uma vez que o seu ideal se extrai do próprio conceito de Estado de Direito e da consagração de um catálogo de direitos fundamentais nos textos constitucionais contemporâneos, ou seja:

O seu reconhecimento é de fácil justificação, dado o destaque que o constituinte deu à proteção dos direitos fundamentais, que conheceram uma considerável ampliação de seu catálogo no texto da Constituição de 1988, bem como à consagração da fórmula política do Estado Democrático de Direito.²⁵¹

Sua natureza é apenas formal, como defende Santos, não obstante sua origem estar interligada à proteção dos direitos fundamentais contra os excessos do poder de polícia do Estado. Seus conteúdos materiais não estão definidos previamente, apenas existindo um comando de ponderação dos interesses em questão.

A razoabilidade, por sua vez, caracteriza-se pela averiguação da legitimidade dos fins pretendidos, não lhe sendo relevante a existência de conflito entre princípios, mas sim o conflito de opções de decidir sobre a mesma norma. Resulta do princípio constitucional do devido processo legal, agora reforçado com a garantia da “razoável duração do processo” e dos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” na forma do disposto no novel inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2005.

Enquanto que a proporcionalidade verifica se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos, a razoabilidade vê a legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, estruturando a aplicação de outras normas, princípios e regras.

Ávila destaca três acepções que espelham o conteúdo deste princípio: razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência. A primeira delas identifica o princípio da razoabilidade como diretriz de relação das normas gerais com as peculiaridades do caso concreto, seja indicando sob qual viés a norma deve incidir ou em

²⁵⁰ Ricardo Maurício Freire Soares assevera que: “Inúmeros têm sido os caminhos para fundamentar ou justificar normativamente o princípio da proporcionalidade, ora utilizando-se do cânon da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), ora recorrendo-se à idéia de devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/88) ou mesmo da noção de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF/88). Parece-nos, todavia, que todos esses standards são vetores axiológicos e teleológicos que permitem depreender o princípio constitucional da proporcionalidade, como proposta de harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais e síntese das exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico”(Reflexões sobre o princípio da proporcionalidade no direito processual contemporâneo. In: Fredie Didier Jr. *et al* (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 590)

²⁵¹ SANTOS, *op. cit.*, pp. 117/118.

quais hipóteses o caso individual não se ajusta à regra geral. A seguinte apresenta-se como diretriz que impõe a necessidade de vinculação das normas jurídicas com a realidade ao qual elas incidem, o que demanda um suporte empírico e adequado ao ato jurídico e uma relação de coerência entre a medida escolhida e a finalidade a ser atingida. Por último, a razoabilidade é formulada como vértice de uma relação de equivalência entre duas grandezas.²⁵²

A observância destes aspectos faz entender que nem toda norma incidente é aplicável, pois “uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas.”²⁵³ A acomodação da regra ao caso concreto e aos parâmetros externos exige não só a satisfação das suas condições, mas, principalmente, que sua aplicação não seja excluída “pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária.”²⁵⁴

Transferindo tal perspectiva para a hipótese em estudo, infere-se que a razão existencial do instituto da tutela antecipada constitui, incontestavelmente, um fator de sobreposição à exigência formal contida no art. 273 do CPC (requerimento da parte), fruto da garantia fundamental da proteção judiciária.

Propondo uma distinção entre a razoabilidade e proporcionalidade, Santos justifica que:

A razoabilidade necessita escorar-se no Texto Constitucional, sendo imprescindível a sua derivação da cláusula do devido processo, pois o reconhecimento de uma inconstitucionalidade baseada no princípio da razoabilidade não necessariamente será referida a outro dispositivo constitucional.

Já a proporcionalidade vai além, indagando se o ato é adequado e necessário à finalidade, ao objetivo, além de verificar, no cotejo entre os bens, direitos ou interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deve prevalecer no caso concreto. Não há necessidade de fundamento exposto de tal princípio no texto constitucional, pois, como já referido, ele decorre diretamente do conceito hoje aceito de Estado Democrático de Direito e da consagração de um catálogo de direitos fundamentais nos textos constitucionais contemporâneos.²⁵⁵

Analisando os aspectos de distinção entre os princípios enfocados, Ávila entende ser possível enquadrar a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito e chega a considerar que “se a proporcionalidade em sentido estrito compreende a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos

²⁵² ÁVILA, *op. cit.*, p. 139.

²⁵³ *Ibidem*, p. 142.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 142.

²⁵⁵ SANTOS, *op. cit.*, pp. 128/129.

fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade.”²⁵⁶

Relacionado a esse contexto, oportuno destacar que ao se descobrir que a lógica formal (tradicional ou físico-matemática) não se prestava mais, por insuficiente, à solução dos problemas jurídicos, novos conceitos foram sendo criados para justificar a lógica do comportamento, a lógica da ação, dentre os quais se evidencia o princípio da razoabilidade, do *logos de lo razonable* de Recaséns Siches, para quem:

Hay que explorar la razón jurídica de los contenidos e las normas de Derecho, la cual nos permitirá superar el azoramiento e la confusión que sintieron muchos juristas al percatarse de que la lógica tradicional quiebra en el mundo da interpretación e del desarrollo del Derecho. Ahora bien, esa razón jurídica material habrá de ser, al fin y al cabo, una especie de la razón vital e histórica, o mejor dicho una lógica de la acción, la cual es razón, *ratio*, logos, riguroso [sic] concepto. Dice Ortega Y Gasset: ‘Al oponer la razón vital a la razón físico-matemática no se trata de conceder permisos de irracionalismo. Al contrario, la razón histórica es aún más racional que la física, más rigurosa, más exigente que ésta. La física renuncia a entender aquello de que ella habla’, pues se limita a explicar nexos causales entre hechos ininteligibles, mientras que la razón vital no acepta nada como mero hecho, quiere comprender.²⁵⁷

Exemplo singelo, denominado “O urso da Polônia”, é apresentado por Siches para demonstrar “*el fracaso de lo racional y la necesidad de lo razonable en la interpretación del Derecho*”. Disso decorre a necessidade de aplicação da lógica do humano, do razoável:

Porque la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación com un determinado fin.^{258 259}

A doutrina e a jurisprudência brasileiras ainda não distinguem bem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, às vezes até tomando um pelo outro. Exceções louváveis existem, destacando-se a de que a proporcionalidade tem mais a ver com os meios – *adequados, necessários e indispensáveis* – atinentes à busca do fim mais justo possível na solução do conflito entre normas, com o menor sacrifício possível, ao passo que a

²⁵⁶ ÁVILA, *op. cit.*, pp. 147/148.

²⁵⁷ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. 6. ed. México: Editorial Porrúa, S. A., 1978, p. 645.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 645/647.

²⁵⁹ “A lógica existencialista do razoável figura como uma modalidade de raciocínio jurídico tendente à realização do direito justo, através do exercício de uma razão vital. O raciovitalismo se apresenta como a vertente de pensamento que se liga à filosofia da razão vital, preconizada pelo filósofo espanhol Ortega y Gasset, com amplas repercussões na esfera jurídica. O seu maior expoente foi Luis Recaséns Siches, cultor da chamada lógica do razoável.” (SOARES, *op. cit.*, 2008, p. 102)

razoabilidade se preocupa mais com os fins colimados, portanto, de natureza substancial, claro que sem excluir a justeza dos meios para atingir esses fins.

Em suma, o princípio da proporcionalidade, a que os tribunais alemães recorrem até para admitir a utilização da prova ilícita, busca “interpretar a norma jurídica segundo um critério valorativo comparatístico entre os bens jurídicos em jogo, de modo a solucionar o caso em concreto segundo critério mais justo.”²⁶⁰ Assim também o princípio da razoabilidade, que previne a existência de decisões injustas, procurando cada vez mais ajustar a sentença aos anseios maiores de justiça.

Essa aproximação apenas fortalece a idéia de que a proporcionalidade e a razoabilidade constituem parâmetros hermenêuticos que orientam como a norma jurídica precisa ser interpretada e aplicada ao caso concreto para a melhor realização dos valores e finalidades do sistema constitucional. No dizer de Góes, tratam-se de verdadeiras “pautas de interpretação e aplicação dos enunciados jurídicos, guias normativos que orientam a atuação do Poder Judiciário.”²⁶¹

No que diz respeito à antecipação da tutela, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade correspondem a bússolas que orientam a atuação do julgador em direção da concessão *ex officio* de tal instituto, quando necessário à proteção imediata da pretensão material da parte e do resultado final do processo.

Analisando a hipótese em que o autor na petição inicial, por despreparo ou negligência de seu procurador, não requer a tutela de urgência antecipatória, quando o caso é de extrema necessidade, por envolver bem da vida que está preste a sofrer lesão grave e de difícil reparação, surge a seguinte pergunta: poderia o julgador, diante da falta de requerimento da parte interessada e guiado pela literalidade da lei, manter-se inerte e apenas dar seguimento ao processo mediante a citação do réu para apresentar defesa?

Acrescentem-se ainda as hipóteses de pessoa humilde, desamparada, idosa, que, em regra, não detém condições de contratar bons advogados para representá-la, bem como as ações de natureza alimentar, previdenciária ou as de competência dos Juizados Especiais Cíveis ou da Justiça do Trabalho, em que é possível a própria parte peticionar sem a mediação técnica de procurador habilitado.

Frente às questões apresentadas, cabe indagar se a norma legal, que dispõe sobre a necessidade de requerimento da parte (art. 273, CPC), pode sobrepor-se ao direito à tutela

²⁶⁰ CRETELLA NETO, *op. cit.*, p.329.

²⁶¹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57

jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF/88), inerente à própria postulação inicial do demandante.

A resposta deve ser negativa e se alberga nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, na ponderação entre os interesses da lei infraconstitucional (art. 273 do CPC) e o direito de fazer valer os próprios direitos (direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional), bem como na proteção, necessária e imediata, do bem da vida, do objeto principal da demanda.

O sopesamento desses interesses à luz dos valores constitucionais tem papel fundamental no sentido de evidenciar a necessidade de que, no caso em tela, seja dada preferência à efetividade jurisdicional – *entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente* – e, por consequência, à concessão *ex officio* da tutela antecipatória, decisão esta, necessariamente, fundamentada, conforme previsão constitucional (art. 93, IX, da CF/88).²⁶²

Como acentua Muritiba e Lemos: “[...] emitindo-se juízos de risco em casos de urgência, com base na verossimilhança, analisando-se qual direito é o mais provável de existir, entra em cena imediatamente o ato de ponderar qual bem deve prevalecer, e isso se opera em virtude do próprio risco.”²⁶³

Alia-se a isso o aspecto da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, característica reconhecida pelo moderno constitucionalismo que, por sua vez, impõe ao magistrado, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis à concretização de um dado direito fundamental (direito à tutela efetiva), a obrigação de ter sempre como foco a efetivação dos preceitos constitucionais, mesmo que para tanto tenha de desatender comando de lei infraconstitucional, haja vista a supremacia das normas prescritas na Magna Carta.

Desse modo, a circunstância de uma norma ser válida não inibe a possibilidade de, no caso concreto, ser afastada a sua incidência, desde que sua aplicação acarrete uma flagrante injustiça. É o que acentua Lima ao declarar que:

²⁶² Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos enfatiza que “[...] a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação deve traduzir-se num ‘princípio de interpretação conforme a Constituição’, segundo o qual o julgador deve tentar preservar a validade do conteúdo da regra jurídica, pretendido pelo legislador, aplicando-a de acordo com a Constituição, compatibilizando, assim, a norma com a Lei Maior.” (A fungibilidade à luz dos princípios constitucionais: incidência do princípio da proporcionalidade. In: Fredie Didier Jr. *et al* (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: JusPODIVM, 2007, pp. 613/614).

²⁶³ MURITIBA, Sérgio Silva. LEMOS, Júlio César Lazzarini. Critérios da Proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 273, do CPC): considerações zetéticas e dogmáticas. In: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 429.

A lei, como norma genérica e abstrata, por mais útil e correta que seja, pode na casuística levar a situações absurdas, vez que é impossível ao legislador prever a totalidade dos casos particulares e querer esgotar por completo a atividade criadora do aplicador do Direito. Portanto, antes de aplicar acriticamente os “rigores da lei”, tal qual um poeta parnasiano do século passado, através do velho exercício mecânico da lógica formal de subsunção dos fatos à norma, o magistrado deve fazer uma análise tópica, buscando a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, desde que julgue *pro* Constituição. Na hipótese do prévio requerimento como requisito para a antecipação da tutela, embora se possa considerar sua exigência, em abstrato, válida, em certos casos específicos, pode vir ela a se mostrar desarrazoada e injusta, devendo o juiz, nestas situações, antecipar a tutela mesmo sem pedido expresso, a fim de dar cumprimento à norma constitucional que garante a efetividade do processo.²⁶⁴

É no exame da razoabilidade da decisão que o julgador terá que se valer do recurso aos valores imanentes da sociedade, atuando como “canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos.”²⁶⁵ Evidentemente, o reconhecimento dessa possibilidade não pode extrapolar os limites da lide nem subjugar, violentamente, as garantias do contraditório e da ampla defesa. Necessário um contrabalanceamento dos valores e bens postos a julgamento (proporcionalidade).

Assim, somente mediante a ponderação dos interesses em jogo (proporcionalidade) ou da razoabilidade de certas providências, torna-se-á acessível a obtenção de respostas a determinadas situações limite.

Ao apreciar as circunstâncias reais deve o magistrado colocar numa balança os males que acometem os litigantes e a irreversibilidade da situação para, então, adotar entendimento que lhe pareça mais razoável naquele momento, não só sob a perspectiva dos fatos apresentados, mas também dos aspectos jurídicos, sempre ponderando os valores e bens a serem sublimados.

Esta forma de visualizar o objeto da pretensão material e processual evidencia as projeções incrementadas pelos dois princípios no sentido de aprimorar e robustecer os institutos da tutela de urgência, ampliando a necessidade de o próprio sistema acolher a aplicação de técnicas processuais adequadas e rechaçar as formalidades excessivas, garantindo a participação ativa do juiz no processo.²⁶⁶

De tudo acima considerado, parece certo que a prevalência dada aos princípios, principalmente às idéias de proporcionalidade e razoabilidade, apenas confirma que o nosso

²⁶⁴ LIMA, *op. cit.*

²⁶⁵ DINAMARCO, *op. cit.*, 2003a, p. 222.

²⁶⁶ BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 91-94.

sistema jurídico está cada vez mais aberto às particularidades e influxos dos casos concretos. Por conseguinte, surgem, cada vez mais, operadores do direito que atuam a partir desse parâmetro na medida em que a norma expressa sentido oposto ao contexto constitucional ou é omissa quanto aos elementos conducentes à solução justa e efetiva das realidades *sub judice*.²⁶⁷

3.3.2. O princípio da cooperação ou colaboração intersubjetiva diante da hipótese de utilização *ex officio* da tutela antecipada

A atitude do magistrado (poder-dever) em determinar medida de cunho satisfativo, sem provocação da parte interessada, corresponde também ao próprio dever, atribuído a cada sujeito da relação processual, de cooperar na busca da verdade processual e da proteção estatal efetiva que, por sua vez, reverencia os princípios da menor restrição possível e do meio mais idôneo.

Trata-se, então, do princípio da cooperação ou colaboração intersubjetiva. Aqui não cabe falar em violação ao princípio da proibição das decisões *ultra* ou *extra petita*, pois a finalidade da tutela jurisdicional é suficiente para absorver este aparente desvio.

Desenvolvendo o conceito de colaboração, Eduardo Grasso, atribuindo a idéia a Carnelutti, sustenta a necessidade de comunicação das idéias e dos meios apresentados pelos operadores do direito com vista à elaboração de um raciocínio processual flexível e ponderado, a ser exposto na conveniência da decisão.²⁶⁸

Caracteriza-se tal princípio pela cooperação integrada entre juízes, tribunais e partes juridicamente interessadas, atribuindo àqueles o poder-dever de perguntar, esclarecer, auxiliar ou até de prevenir a ocorrência de eventos comprometedores do objeto da demanda processual. Garante-se às partes a possibilidade de atuar no processo através de uma postura crítica convincente. Os sujeitos parciais deixam de ser simples alvo de um pronunciamento judicial.²⁶⁹

Acerca da origem e do fundamento do princípio da cooperação, Gouveia destaca:

²⁶⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. O STF e o princípio da proporcionalidade. Material da 9ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

²⁶⁸ GRASSO, Eduardo. La Collaborazione Del processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, vol. XXI, Padova, CEDAM, 1996, pp. 581/309.

²⁶⁹ MARINHO, Érika de Sá. **O princípio da colaboração intersubjetiva no processo civil brasileiro: uma análise acerca da sua influência no poder geral de cautela do juiz**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: UNICAP, 2007, p. 22.

De origem alemã, o princípio da cooperação corresponde ao direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*), que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (*Frege und Aufklärungspflicht*).

[...] Assim, tem o juiz o dever de esclarecer os fatos do litígio (*Aufklärungspflicht* ou *Hinweispflicht*) e de incitar as partes a trazerem para os autos os complementos de informação ou as provas necessárias à solução do litígio. Este dever - que logicamente realiza-se mais frequentemente no momento em que as partes não estão representadas por advogados, não deve ser excluído no caso contrário - tende a permitir uma solução correta para o conflito nas hipóteses onde as partes não tenham invocado e produzido provas suficientes para poder atingir seus objetivos no processo. Dessa forma, o juiz terá o dever de advertir o autor da insuficiência da motivação do seu pedido (*Klagebegründung*) ou o réu do fato que suas negativas insuficientes irão remeter a causa à procedência do pedido, ou ainda, que suas defesas não estão claramente definidas.²⁷⁰

A presença de semelhante princípio está estampada em vários dispositivos do ordenamento jurídico alemão e português. No CPC alemão (ZPO – Zivilprozessordnung), encontra-se a responsabilidade do magistrado pelos esclarecimentos dos fatos junto às partes, bem como pela supressão de deficiências quanto aos procedimentos, provas e pedidos cabíveis. Procedimento inovador e revolucionário do modelo clássico anglo-saxônico, denominado de *adversary system*.²⁷¹

O modelo de Stuttgart, adotado no sistema processual alemão, é o principal espelho da cooperação intersubjetiva, haja vista a proposta de estabelecer um diálogo entre as partes, advogados e juízes acerca das circunstâncias fáticas e jurídicas relacionadas ao objeto da lide, no objetivo de promover a aceleração do procedimento e a compreensão dos provimentos judiciais (processo oral).

Em idêntico sentido caminha o ordenamento português, o qual busca privilegiar uma postura ativa do magistrado, no tocante à instrução processual e esclarecimento das alegações veiculadas, que garanta a utilidade do resultado definitivo.²⁷²

Para melhor retratar e elucidar o tema, seguem algumas prescrições normativas constantes nos Códigos de Processo Civil Alemão e Português:

CPC da Alemanha²⁷³

§ 139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições

²⁷⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Cognição processual civil**: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual nº 6, setembro/2003, São Paulo: Ed. Dialética. p. 47-48.

²⁷¹ MOREIRA, *op. cit.*, 2007, pp. 47/49.

²⁷² MARINHO, *op. cit.*, pp. 34/35.

²⁷³ VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. **O princípio da cooperação e as questões de ordem pública**: uma visão da garantia do contraditório. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=10261>. Acesso em: 14.05.2008.

concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados.

CPC de Portugal²⁷⁴

ARTIGO 3.º

(Necessidade do pedido e da contradição)

[...]

3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

ARTIGO 266.º

(Princípio da cooperação)

1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519.º.

4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

ARTIGO 519.º

(Dever de cooperação para a descoberta da verdade)

1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

2. Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no nº 2 do art. 344.º do Código Civil.

3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

- a) Violação da integridade física ou moral das pessoas;
- b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;
- c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no nº 4.

4. Deduzida a escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

ARTIGO 508.º

(Suprimento de excepções dilatórias e convite ao aperfeiçoamento dos articulados)

1. Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a:

²⁷⁴ Código de Processo Civil Português. Disponível em: <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf> (Acesso em 02.06.08).

a) Providenciar pelo suprimento de excepções dilatórias, nos termos do nº 2 do artigo 265.º;

b) Convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes.

2. O juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correcção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa.

3. Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.

ARTIGO 508.º-A

(Audiência preliminar)

1. Concluídas as diligências resultantes do preceituado no nº 1 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência preliminar, a realizar num dos trinta dias subseqüentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes:

[...]

c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na seqüência do debate;

ARTIGO 690.º

(Ónus de alegar e formular conclusões)

[...]

4. Quando as conclusões faltem, sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o nº 2, o relator deve convidar o recorrente a apresentá-las, completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, sob pena de não se conhecer do recurso, na parte afectada; os juízes-adjuntos podem sugerir esta diligência, submetendo-se a proposta a decisão da conferência.

ARTIGO 701.º

(Exame preliminar do relator)

1. Distribuído o processo, o relator aprecia se o recurso é o próprio, se deve manter-se o efeito que lhe foi atribuído, se alguma circunstância obsta ao conhecimento do seu objecto, ou se as partes devem ser convidadas a aperfeiçoar as conclusões das alegações apresentadas.

Os artigos transcritos revelam as espécies do gênero cooperação dos tribunais com as partes, também conhecidas no direito processual civil português como desdobramentos deste princípio, isto é: o dever de esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de consultar as partes e o dever de auxiliar as partes. A esclarecer os subprincípios derivados da colaboração intersubjetiva, Gouveia discorre que:

O dever de esclarecimento consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cf. art. 266º, nº 2 do CPC português), de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada. [...] Ainda no direito português, refere-se o Código de Processo Civil ao dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos (cf. arts. 508, nº 1, al.b, 508º-A, nº 1, al. c, 690º, nº 4, e 701º, nº 1 do CPC português).

[...] O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.

[...] Dispõe o Código de Processo Civil português que o tribunal deve consultar as partes sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cfr. art. 3º, nº 3), porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer officiosamente certo fato relevante para a decisão da causa.

[...] o dever de auxílio proporciona uma maior aproximação da verdade material, desprestigiando decisões puramente formais baseadas na ausência de provas que a parte não logrou êxito em obter.²⁷⁵

Assim como os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, o princípio da cooperação ou colaboração apresenta-se de maneira implícita em nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual sua identificação depende de uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento constitucional e processual pátrio. Alguns dispositivos legais do Código de Processo Civil, entretanto, evidenciam a presença real desse mandado de otimização, a exemplo dos art. 125, 130, 131, 282, 283, 339, 340, 341, 342, 355, 360 e 440.²⁷⁶

²⁷⁵ GOUVEIA, *op. cit.*, setembro/2003, pp. 50-53 e 57.

²⁷⁶ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.

Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Art. 360. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

Nesse sentir, perceber-se que as considerações aventadas caminham rumo à decisão judicial, fruto da cooperação estabelecida entre juiz e partes, solução dada ao caso concreto que terá força persuasiva perante os litigantes e à própria sociedade (dialética processual).

Partindo da presente descrição, permite-se divisar o direito numa dimensão discursivo-comunicativa, característica fundamental do fenômeno ou cultura jurídica pós-moderna, o qual se alia a outros quatro elementos: pluralidade, reflexividade, prospecção e relativismo.

A compreensão do direito como manifestação da linguagem humana torna aceitável o raciocínio jurídico a partir do âmbito de um processo dialógico e democrático, em que os sujeitos são colaboradores na edificação de ato decisório justo. Também estão insertos num contexto de interações comunicativas, onde a retórica assume papel central neste espaço argumentativo.²⁷⁷

Argumentando a respeito, Soares pondera que:

Com a transição paradigmática da modernidade para a pós-modernidade, importantes mudanças acometeram o direito processual do ocidente, tendo em vista a superação do modelo formalista e hermético do processo jurisdicional, consectário lógico do positivismo jurídico.

[...] Tais exigências oportunizam a emergência de uma teoria dos princípios constitucionais aplicados às relações processuais, cuja multifuncionalidade e eficácia vertical-horizontal permitiram tornar o processo um espaço público vocacionado para a emancipação do ser humano e, portanto, mais adequado para concretização dos direitos fundamentais.

[...] Essa nova mentalidade abre margem para a reformulação do paradigma tradicional do direito processual, em favor de um modelo dialógico-participativo, em que o processo figura como um espaço público para o debate democrático e a sedimentação de consensos de valores.²⁷⁸

Através desse princípio, observa-se que a concretização célere e eficiente de um direito, via prestação jurisdicional, passa por um procedimento de índole eminentemente dialogal, de ampla participação dos sujeitos processuais em direção da verdade provável, marcado pelo ativismo judicial.

Inclua-se, também, como decorrência do dever de auxiliar as partes, o art. 6º, parágrafo único, da Lei n.º 1.533/51 (mandado de segurança): “Parágrafo único. No caso em que o documento necessário a prova do alegado se acha em repartição ou estabelecimento publico, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.”

²⁷⁷ SOARES, *op. cit.*, 2008, pp. 24/25 e 27.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 26/27.

A despeito desse quadro dialógico, tem-se que o juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido do requerente, pois tem o dever de garantir a eficácia da prestação jurisdicional, robustecendo, assim, a idéia de um processo civil de resultados. Admitir, por ausência de solicitação, a impossibilidade de se antecipar os efeitos do provimento final, quando ela é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito pleiteado, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável.²⁷⁹

Ao reverso, impõe-se ao magistrado, por força desse princípio e do dever de esclarecimento, diante da situação periclitante em que se encontra o bem litigioso, informar à parte interessada sobre a real necessidade de se proceder à emenda da inicial para fins de inclusão de pedido liminar satisfativo, o que, em tese, equivaleria à própria concessão *ex officio* da tutela antecipada.

Sustenta Egas Moniz de Aragão a possibilidade da parte apenas expor a necessidade da tutela jurídica, deixando a cargo do julgador o deferimento de providências emergenciais mais adequadas à situação apresentada pelo requerente. Não haveria necessidade de exposição de pedido determinado pela parte, pois a providência de urgência é aplicada por livre apreciação do juízo em razão da liberdade de escolha dos meios mais adequados à eliminação do perigo. O juiz, portanto, não se vincularia à forma pleiteada, mas sim à finalidade da pretensão, qual seja: a preservação, a segurança da utilidade prática do processo.²⁸⁰

A forma de afastamento do dano é desdobramento do pedido de evitar lesão que restringe o julgador à situação exposta e vivenciada na qual reclama proteção efetiva de ordem processual. Há um vínculo somente em relação à causa de pedir exposta na inicial, sendo vedado ao julgador deferir medida antecipatória baseada em elementos fáticos inteiramente diversos dos apresentados pelo autor em juízo.

Ressalte-se que não se trata de decisão surpresa, pois a urgência da medida enseja a real previsão e necessidade de concessão de tutela sem a ouvida das partes.

Compreender a viabilidade de atuação autônoma do juiz, no que se refere ao deferimento de medida antecipatória, tangencia também o conteúdo do dever de prevenção inerente ao princípio da cooperação intersubjetiva. Ao prevenir o demandante acerca da insuficiência de suas alegações e ausência de pedido antecipatório específico, estará atingindo a mesma finalidade perseguida pela decisão que antecipa de ofício os efeitos da sentença.

²⁷⁹ MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 124.

²⁸⁰ ARAGÃO *apud* CARPENA, *op. cit.*, p. 174/175.

Essa atitude assistencial do órgão julgante, entretanto, carece de plena eficácia no nosso ordenamento processual ante o dogma da neutralidade do magistrado (imparcialidade do julgador), que privilegia a verdade estritamente formal em detrimento da verdade ou certeza processual²⁸¹, princípio indispensável para se fazer justiça entre as partes litigantes.

Todas as considerações expostas se coadunam, pois, com o desejo da sociedade e dos operadores do direito de visualizarem, concretamente, um processo civil de respostas efetivas, tempestivas e úteis, ou seja, que reflita a realidade obtida a partir da cooperação integrada dos componentes da relação processual.

Desse modo, a previsão de requerimento, constante no art. 273, do CPC, não pode ser interpretada literalmente, mas sim à luz dos princípios enfocados e dos métodos teleológico e sistemático, sob pena de comprometer a própria finalidade essencial do instituto e desprezitar as matrizes constitucionais do sistema jurídico processual.

²⁸¹ Nas palavras de Soares: “[...] a verdade processual é uma verdade aproximada, a despeito do ideal moderno da perfeita correspondência com o mundo empírico, devendo ser entendida como a projeção da razoabilidade, em conformidade com a moldura do direito vigente e com os elementos probatórios trazidos pelos sujeitos processuais para a solução da lide.” (*Op. cit.*, 2008, p. 29)

CONCLUSÃO

O princípio da proteção judiciária ou da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, constitui verdadeiro alicerce de uma sociedade civilizada e democrática na solução de seus conflitos sócio-jurídicos, ao tempo em que garante, implicitamente, uma efetiva proteção ao direito substancial em foco.

Por conseguinte, o ato de solicitar a prestação jurisdicional implica sempre num dever ao Estado-Juiz de assegurar o gozo definitivo do benefício pleiteado em juízo, ainda que, para tanto, tenha que dispor de técnicas processuais sem provocação da parte interessada, sobretudo em face de casos concretos de urgência, ponderando sempre os direitos envolvidos na lide e as garantias fundamentais do processo.

Nesse contexto, a falta de previsão ou cumprimento de técnicas processuais necessárias à garantia da utilidade do provimento final representa hipótese que atenta contra o direito fundamental à efetividade da jurisdição e ao próprio fim social e bem comum desejados pela norma jurídica constitucional.

Por outro lado, a efetividade processual encontra-se, também, inteiramente ligada ao fator tempo, de modo que o prolongamento irracional da demanda afronta o direito fundamental à proteção judiciária, tornando inócuo o provimento final, além de comprometer o próprio sistema jurídico processual.

Nesse sentir, sobreleva-se a importância do instituto da antecipação dos efeitos da decisão definitiva, instrumento apto à concretização da garantia de efetividade jurisdicional, razão de ser da inadmissibilidade de qualquer restrição ao seu conteúdo e aplicação, sob pena de violação à centralidade do objetivo a que se destina.

De fato, inexistente motivação plausível para se promover debates teóricos acerca das diferenças entre as medidas satisfativas e cautelares quando o cerne da questão é o direito material da parte e a necessidade de se afastar o perigo de lesão ao bem da vida *sub judice*, mormente agora com a fungibilidade presente no art. 273, § 7º, do CPC.

Aceitar a tutela antecipada como instrumento apto a realizar a efetividade do acesso à justiça, de modo a evitar demoras injustas impostas à parte detentora do direito mais provável na relação processual, e, ao mesmo tempo, restringir a possibilidade do magistrado conceder a medida emergencial satisfativa *ex officio*, constitui um nítido paradoxo processual e constitucional.

A antecipação da tutela, como providência de urgência (art. 273, I, do CPC), ainda que não explicitada pela parte, encontra-se inserta no contexto processual e implícita em toda ação, pois é inconcebível alguém movimentar a máquina estatal sem a pretensão de ter imediatamente o seu direito realizado. Decorre também do próprio poder de acautelar imanente à função jurisdicional, como assim reverbera a Corte Suprema Federal.

Não se pode olvidar que a prestação da tutela jurisdicional é dever do Estado e que o processo e a ação são apenas instrumentos disponíveis às partes para conseguirem a entrega da efetiva tutela dos direitos por parte do Estado-Juiz.

A apreciação das circunstâncias fáticas e da necessidade de proteção estatal imediata são fatores decisivos à concessão *ex officio* da medida de urgência satisfativa, mesmo porque é dever do magistrado vislumbrar a solução judicial mais viável à realidade, sendo dele o papel de analisar a realidade fática e fazer incidir a norma legal mais adequada, efetiva e justa.

No que diz respeito à técnica antecipatória, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são caminhos legítimos para que o julgador conceda tal instituto, frente à necessidade do caso concreto. O sopesamento dos interesses à luz dos valores constitucionais tem papel fundamental no sentido de evidenciar a necessidade de que seja dada preferência à efetividade jurisdicional – *entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente* – e, por conseqüência, ao instituto sob comento.

A atitude autônoma do magistrado em determinar medida de cunho satisfativo corresponde, também, ao dever atribuído a cada sujeito da relação processual de cooperar na busca da verdade concreta – *princípio da cooperação intersubjetiva* – sempre no sentido de proporcionar uma prestação jurisdicional tempestiva, adequada e útil, desde que observados os princípios da menor restrição possível e do meio mais idôneo.

Assim como os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, o princípio da cooperação apresenta-se de maneira tácita em nosso ordenamento jurídico, bastando para tanto uma simples interpretação sistemática e teleológica do ordenamento constitucional e processual pátrio. Diversos os dispositivos do Código de Processo Civil brasileiros que evidenciam a presença real desse mandato de otimização, a exemplo dos art. 125, 130, 131, 282, 283, 339, 340, inc. I, 342, 355, 360 e 440.

Sustentar a impossibilidade de se antecipar os efeitos do provimento final ante a ausência de solicitação da parte interessada, quando o mecanismo se apresenta indispensável a evitar um prejuízo irreversível ao direito pleiteado, é o mesmo que afirmar que o legislador

obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano ao direito que justamente lhe parece mais provável.

A atuação autônoma do magistrado, no que tange à técnica de urgência satisfativa, reflete, ainda, o dever de prevenção inerente ao princípio da cooperação intersubjetiva. Ao prevenir os sujeitos da relação processual sobre a insuficiência de suas alegações ou ausência de pedido essencial, o magistrado conseguirá atingir a mesma finalidade da decisão que antecipa de ofício os efeitos da tutela definitiva.

Destarte, a relativização do conteúdo do art. 273, CPC, no que concerne a exigência de requerimento expresso da parte, é algo que traduz a essencialidade do sistema de garantias constitucionais e, ao mesmo tempo, reflete a incidência dos postulados da efetividade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da cooperação intersubjetiva no âmbito processual.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. **Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Tradução por: Dr. Luís Afonso Heck, Professor na UFRGS e ULBRA. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jul./set. 1999, vol. 217, p. 67-79.
- _____. Los Derechos Fundamentales en el estado constitucional democrático. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Alfonso García Figueiroa. Madri: Trotta, p. 31-47.
- _____. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Rafael Lopes do. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. São Paulo: **Revista Dialética de Direito Processual**. n.º 46, p. 90-101, janeiro/2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000 (coleção temas atuais de direito processual civil; v. 2)
- _____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Coleção Temais Atuais de Direito Processual Civil, 6)
- ASSIS, Carlos Augusto de. Novas Feições da antecipação da tutela. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, (30), p. 709, outubro/dezembro de 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Art. 273**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_civil.htm. Acesso em: 15.01.2008.
- _____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a.
- _____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006b.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil** (tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery). v. 1. Campinas: Bookseller, 1999.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 1, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Buenos Aires: Ejea, 1971.
- CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- DANTAS, Miguel Calmon. **Direito Fundamental à Processualização**. In: Fredie Didier Jr. *et al* (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003a.
- _____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003b.
- _____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003c.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução do código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Antônio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. **A concessão da tutela antecipada em face de sua postulação implícita**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: UNICAP, 2007.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2003.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A antecipação de tutela na execução. **Revista da ESMape**, Recife, vol. 6, n. 14, p. 311-330, julho/dezembro de 2001.

_____. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, nº 6, p. 47-59, setembro/2003.

_____. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000.

_____. O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, nº 7, p. 47-54, outubro/2003.

_____. Tutelas de Urgência nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista da Pós-Graduação da UNICAP-PE**, Recife, v.1, n.1, p. 31-60, janeiro/2002.

GRASSO, Eduardo. La Collaborazione Del processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, vol. XXI, Padova, CEDAM, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HERTEL, Daniel Roberto. Perspectiva do Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, nº 42, p. 20-30, setembro/2006.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007a.

_____. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007b.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1. Tocantins: Intelectus, 2003.

LIMA, George Marmelstein. **Antecipação de tutela de ofício?** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2930>. Acesso em: 10.05.2008.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Antônio Carlos. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_civil.htm). Material da 5ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

MARINHO, Érika de Sá. **O princípio da colaboração intersubjetiva no processo civil brasileiro: uma análise acerca da sua influência no poder geral de cautela do juiz**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: UNICAP, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Novas Linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, (28), abril/junho de 2003.

_____. Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. **Revista Jurídica**, São Paulo, Ano 53, n.º 328, p. 9-28, fevereiro de 2005.

_____. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Lisboa: Ática, 1961.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 6, n.º 13, p. 1-7, set/out 2001.

_____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. Curitiba: **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 28, p.286-297, abril/junho de 2003.

MURITIBA, Sérgio Silva. LEMOS, Júlio César Lazzarini. Critérios da Proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 273, do CPC): considerações zetéticas e dogmáticas. *In*: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Edson Alvisi. Aspectos relevantes das tutelas de urgência. **Revista Jurídica**. São Paulo: Notadez, nº 324, p. 80-88, outubro/2004.

NOGUEIRA, Daniel Moura. **A antecipação da tutela em face da incontrovérsia do parágrafo 6º, do artigo 273 do CPC: com análise do projeto de lei de estabilização da tutela antecipada e propostas sugestivas de sua alteração – de acordo com a nova reforma do CPC de 2005/2006**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n.º 73. jan.-mar./1994.

OLIVEIRA, Frederico; MELO, Luis Gustavo S. Valença de. **Formalismo no processo civil: possibilidades de superação**. Recife: Bagaço, 2006.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Tutelas de Urgência nos Recursos Extraordinários e Especial. *In*: Arruda Alvim & ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III, 1999, p. 21-38.

PEREIRA FILHO, Benedito. Tutela antecipada: concessão de ofício? **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, (32), abril/junho de 2004.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. Madri: Civitas, 2001.

PISANI, Andrea Proto. **La nuova disciplina del processo civile**. Napoli: Jovene, 1991.

POZZA, Pedro Luiz. **As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações: Leis n.ºs 10.352 e 10.358, de 2001, e 10.444, de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O STF e o princípio da proporcionalidade**. Material da 9ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1983.
- RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. 6. ed. México: Editorial Porrúa S. A., 1978.
- RICCI, Edoardo F. Tutela no futuro direito italiano. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. **A Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria**. [s.n.t].
- _____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996. vol. 1.
- _____. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, vol. 3.
- SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- _____. Reflexões sobre o princípio da proporcionalidade no direito processual contemporâneo. *In*: Fredie Didier Jr. *et al* (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. Curitiba: Juruá, 2003.

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

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Peculiaridades da antecipação de tutela enquanto instrumento de concretização da efetividade do processo. In: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (coord.). **Processo Civil: aspectos relevantes**, v. 2: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p. 507-542.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Processo cautelar**. São Paulo: Universitária do Direito, 2004.

TRIBUNAL JUDICIÁRIA. **Uma visão crítica do judiciário**. Disponível em: <http://www.aojesp.org.br/tribuna/tribuna26/visao.html>. Acesso em: 08.06.2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. A fungibilidade à luz dos princípios constitucionais: incidência do princípio da proporcionalidade. In: Fredie Didier Jr. *et al* (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7º do art. 273 do CPC). São Paulo: **Revista de Processo – RePro**, n.º 144, p. 23-37, fev./2007.

VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. **O princípio da cooperação e as questões de ordem pública: uma visão da garantia do contraditório**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=10261>. Acesso em: 14.05.2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. A tutela antecipada nos tribunais. In: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 555-557.

_____. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Processo de Execução: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman: 42).

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006.