

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS
MESTRADO EM DIREITO**

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A GARANTIA
CONSTITUCIONAL DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA
atuação *ex officio* do magistrado na concessão da antecipação da tutela**

MAYRENNE TRIGUEIRO PEREIRA LOUREIRO

RECIFE – 2010

MAYRENNE TRIGUEIRO PEREIRA LOUREIRO

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A GARANTIA
CONSTITUCIONAL DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA
atuação *ex officio* do magistrado na concessão da antecipação da tutela**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito pela
Universidade Católica de Pernambuco –
UNICAP, sob a orientação do Professor Doutor
Sérgio Tôrres Teixeira.

RECIFE – 2010

L 868 r Loureiro, Mayrenne Trigueiro Pereira

A Razoável Duração do Processo e a Garantia Constitucional de Uma Tutela Jurisdicional Efetiva: atuação *ex officio* do magistrado na concessão da antecipação da tutela / Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro. Orientador: Drº. Sérgio Tôres Teixeira, 2010.

212 f

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Mestrado Em Direito, 2010.

1. Razoável duração do processo. 2. Efetividade Processual. 3. Tutela Urgência- Tutela Antecipada. 4. Atuação *ex officio* do juiz. I. Título

CDU 347.633

MAYRENNE TRIGUEIRO PEREIRA LOUREIRO

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A GARANTIA
CONSTITUCIONAL DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA
atuação *ex officio* do magistrado na concessão da antecipação da tutela**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Orientador: Prof. Dr^o. Sérgio Tôrres Teixeira – UNICAP

Titular interno: Prof. Dr^o. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo – UNICAP

Titular Externo: Prof^a. Dr^a. Hertha Urquiza Baracho– UFPB

RECIFE – 2010

*Grandes coisas fez o Senhor por nós,
e por isto estamos alegres.
(Salmos 126:3)*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus. Por tudo e por todos. Deus, pai amoroso de todas as horas, mais justo de todos os magistrados, patrono incansável de todas as nossas causas. Que este trabalho seja para honra e glória do nome do Senhor, e sirva para edificação do Seu Reino. Sem ELE, certamente, a realização desse sonho não seria possível;

Ao meu marido, amigo, confidente e eterno namorado, Giordano Loureiro, pelo amor, confiança e incentivo na realização dos meus objetivos. E com quem compartilho esta vitória;

Aos meus pais, Antônio e Nancy, pelos ensinamentos, amor e dedicação ilimitada, são meus eternos agradecimentos. A vocês que a cada dia me dão novo exemplo de luta e alegria;

Aos meus irmãos, Luiz Antônio e Milene; e aos meus familiares e amigos, ofereço meus agradecimentos;

Ao meu orientador e amigo Prof^o. Dr^o. Sérgio Tôrres Teixeira, também meu professor na especialização e no Mestrado, exemplo destacado de processualista e dedicação acadêmica. Pela compreensão, paciência, tranquilidade e confiança em mim depositados. Agradeço por despertar em mim uma ainda emergente consciência de excelentes pesquisas e que, para além de me guiar e incentivar ao ingresso de um futuro Doutorado. É uma das pessoas que me ajudou a direcionar o tema;

Aos professores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, que, em suas aulas, dividiram os seus conhecimentos, permitindo nosso enriquecimento intelectual, e em especial à Coordenadora do curso de Mestrado, a Prof^a. Dr^a Marília, pela preciosa atenção e ajuda dispendida;

Aos meus colegas da 4^a e 5^a turma do Mestrado, em cujo rico convívio pude experimentar um grande crescimento profissional;

Agradeço aos que integram o nosso escritório de advocacia, pelo empenho, dedicação e suporte exercidos na labuta jurídica;

A todos aqueles que conviveram comigo e não economizaram em palavras de apoio durante a penosa caminhada. E, que me ajudaram na preparação deste estudo.

Recebam todos, próximos ou “distantes”, o meu afetuoso abraço.

“Mais vale um juiz bom e prudente que uma lei boa. Com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve, porque ele a verga e a torna injusta a seu modo.” (Código Geral da Suécia, 1734).

RESUMO

Esta dissertação situa-se no âmbito do direito processual e toma como pressuposto identificar a existência do princípio fundamental da duração razoável do processo, sua evolução histórica e as conseqüências de sua inclusão na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXXVIII. Busca-se a delimitação do conceito e sua influência nas decisões judiciais que preocupam-se com a efetividade processual, examinando-se, para tanto, os elementos de objetivação adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O estudo é construído sob o método hermenêutico-dialético, com enfoque no Direito Processual que tem assento constitucional. A problemática é centrada historicamente e desenvolvida no cenário da Reforma do Poder Judiciário implementada pela Emenda Constitucional nº 45/04, a qual sofreu forte influência do Documento 319 do Banco Mundial. Aborda-se os fundamentos e instrumentos da tutela de urgência, e os requisitos para a concessão da tutela antecipada, ressaltando a necessidade urgente de avanços para evitar danos oriundos da demora excessiva dos processos. Em razão de tais assertivas, o art. 273 do Código de Processo Civil, regulamentador da tutela antecipada, passou a necessitar de uma visão mais alargada de seu conteúdo semântico-jurídico-impositivo, denotando-se, ali, uma verdadeira obrigação estatal e não mais mera faculdade do juiz. Destaca-se como principal conclusão a imperiosa necessidade de se possibilitar a efetividade do processo, com decisões úteis, adequadas e justas, para que o acesso à justiça não seja mera formalidade, sem correspondência com os anseios dos jurisdicionados.

PALAVRAS-CHAVE: Razoável duração do processo. Efetividade Processual. Tutela Urgência- Tutela Antecipada. Atuação *ex officio* do juiz.

ABSTRACT

This dissertation is situated in the area of procedural law and aims to identify the existence of the principle of reasonable lasting of the process – its historical evolution and the consequences of its inclusion in the Federal Constitution of 1988 in the 5th article, LXXIII. The main objective is to delimitate the concept and its influence in judicial decision that are preoccupied with procedural effectiveness and for that the elements of European Court of Human Rights will be analyzed. This study is held under the dialectic-hermeneutic method with focus on Procedural Law whose basis is set in Constitution. The main issue is centered historically and developed in the scenario of the Amendment number 45/04 witch suffered a great influence from the Document 319 of the World Bank. The basis, ways to conceive and the conditions to the urgency tutelage are studied with focus on the advances in order to avoid the damages caused by the excessive delay in solving the judicial cases. The article 273 in the Brazilian Civil Procedural Code, witch regulates the urgency tutelage, urges for a wider look of its content, imposing an obligation for the judge and not a mere faculty. The most important conclusion is to make possible the effectiveness of the process with proper, useful and fair decisions so that the access to Justice does not function as a more formality.

KEYWORDS : Reasonable duration of the process. Procedural effectiveness. Urgency tutelage. Judge acting *ex officio*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED - Análise Econômica do Direito

AI- Agravo de Instrumento

Art.- artigo

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CF – Constituição Federal

CF- Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

DJ- Diário da Justiça

EC – Emenda Constitucional

EDcl- Embargos de Declaração

LC – Lei Complementar

Min.- Ministro

RE- Recurso Extraordinário

Rel.- Relator

REsp- Recurso Especial

SDE - Secretaria de Direito Econômico

SEAE- Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Primeira Parte

CAPÍTULO 1 - TUTELA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	14
1.1 Sociedade, Direito e Jurisdição.....	14
1.2 Relação Jurídica Processual.....	18
1.3 Linhas Evolutivas do processo brasileiro.....	24
1.4 A Fase Instrumentalista Do Processo: O Processo como Instrumento de Realização do Direito Material, produzindo resultados úteis	28
1.4.1 Instrumentalidade em Sentido Negativo: Instrumentalidade das Formas	31
1.4.2 Face Positiva da Instrumentalidade: A Efetividade do Processo.....	32
1.5 Pontos de Aferição do Processo.....	33
1.5.1 Admissão em Juízo.....	33
1.5.2 Modo de Ser do Processo.....	33
1.5.3 Utilidade das Decisões	34
1.5.4 Justiça nas Decisões	35

Segunda Parte

CAPÍTULO 2 - O DOCUMENTO 319 DO BANCO MUNDIAL E AS REFORMAS PROCESSUAIS.....	36
2.1 O Acesso À Justiça Como Substrato Da Reforma Processual.....	36
2.1.1 Evolução do Conceito de Acesso à Justiça.....	37
2.1.2 Acesso À Justiça Como Direito Fundamental Do Cidadão.....	43
2.1.3 Principais Entraves com o Efetivo Acesso à Justiça	45
2.2 O Documento 319 Do Banco Mundial	53
2.3 As Reformas Processuais.....	60

Terceira Parte

CAPÍTULO 3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PERTINENTES À PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	66
3.1 Direitos Fundamentais: Panorama Conceitual e Característico.....	66
3.1.1 Evolução (gerações de direitos) dos Direitos Fundamentais.....	77
3.2 Princípios Processuais Pertinentes à Prestação da Tutela Jurisdicional	81
3.2.1 Normatividade dos Princípios Constitucionais	81
3.2.2 Princípios Informativos do Processo	87
3.2.3 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	91
3.2.4 Princípio do Devido Processo Legal Processual	92
3.2.5 Princípio da Inércia e do Dispositivo	94
3.2.6 Princípio da Cooperação	96

3.2.7 Princípio da Efetividade	98
--------------------------------------	----

CAPÍTULO 4 – GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	101
4.1 A Problemática da Duração do Processo.....	101
4.1.1 Tempo.....	102
4.1.2 Morosidade.....	103
4.1.3 Celeridade e Segurança Jurídica.....	106
4.2 Breve Histórico e Fundamentalização do Direito À Duração Razoável Do Processo:EC 45/04.....	107
4.3 Prazo Razoável E Os Critérios Para Determinação Da Duração Razoável Do Processo.....	113
4.4 Postura Do Poder Público Na Busca De Um Processo Mais Razoável, Célere E Efetivo.....	123

Quarta Parte

CAPÍTULO 5 – TUTELA DE URGÊNCIA – TUTELA ANTECIPADA.....	128
5.1 Fundamentos e Antecedentes Históricos da Tutela de Urgência.....	128
5.2 Instrumentos da Tutela de Urgência.....	134
5.3 Tutela Cautelar.....	137
5.4 Tutela Antecipada.....	141
5.4.1 Surgimento e desenvolvimento do instituto da antecipação da tutela no Brasil.....	141
5.4.2 Conceito da tutela antecipada	144
5.4.3 Elementos característicos: semelhanças e distinções entre tutela antecipada e tutela cautelar.....	147
5.4.4 Hipóteses de Cabimento.....	153
5.4.5 Modalidades e Requisitos para concessão da tutela antecipada	159
CAPÍTULO 6 – CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO	178
6.1 Atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final.....	178
6.2 Tutela Antecipada De Ofício.....	180
6.3 Responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício.....	190
CONCLUSÕES	196
REFERÊNCIAS	203

INTRODUÇÃO

Incontestáveis são as mudanças ocorridas no comportamento da sociedade à procura de eficiência e resultados úteis para a realização do direito à obtenção da justiça e da efetividade do processo.

Essa proteção jurídica deve ser reconhecida em tempo útil, fenômeno da adequação temporal, onde a justiça tardia equivale a uma injustiça, sendo que a efetividade é o elemento indispensável da justa prestação jurisdicional, como remédio moderador em cada tipo processual e procedimental.

A morosidade processual, pois, não é novidade dos tempos modernos¹. A luta pela aceleração do processo civil já tem séculos de existência na Europa, porém, a sociedade passou a estar plenamente consciente dessa situação e de suas graves consequências apenas a partir dos anos oitenta do século vinte.

No direito moderno, a angústia da longa espera pela efetivação do direito almejado é um dos principais fatores de desprestígio do Poder Judiciário, e que acelerar os resultados do processo é uma luta nas modernas especulações sobre a atividade jurisdicional, sendo o tempo considerado um obstáculo para tal.²

Denota-se que a Constituição Federal Brasileira foi um documento muito esperado pelo povo que saía de um Estado totalitário, marcado pelo regime militar e ditatorial, para um democrático, sem muito saber as respectivas repercussões que poderia ocorrer.

Naquele instante histórico-brasileiro, dentro do próprio espaço da Carta Magna pátria de 1988, ampla mudanças radicais foram positivadas, dentre as várias garantias fundamentais postas no Título II, Capítulo I da Constituição Federal, no rol relativo aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, estabeleceu-se a garantia do acesso à Justiça, ou também denominada de direito de ação, ou ainda, inafastabilidade da jurisdição, inserida no inciso XXXV, do art.5º constitucional³, bem como, a garantia da

¹ No início do século XIV, o Papa Clemente V, incomodado com as reclamações sobre a lentidão no processo canônico, editou recomendações para criar um rito simplificado, como forma de resposta. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140.

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

resposta célere a ser dada pelo Estado-juiz, quando provocado, posto no inciso LXXVIII⁴, do mesmo artigo citado, sendo este último inciso acrescentado pela EC nº 45/2004. Assim, por ocasião desses dispositivos, o legislador constituinte almejou assegurar que nenhuma lesão ou ameaça a direito escapará da apreciação do Poder Judiciário e, ainda que, essa apreciação se dará no menor espaço de tempo possível.

Dessarte, desenvolver-se-á o raciocínio, para a presente pesquisa, discorrendo-se, inicialmente, acerca do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, procurando-se enfocar seu alcance semântico-jurídico e sua aplicabilidade hodiernamente para, após, abordar-se o inciso LXXVIII desse mesmo artigo.

Para tanto, opta por um trabalho científico, de cunho eminentemente doutrinário-jurisprudencial, tendo ainda por base para a metodologia, o material nacional elaborado acerca do tema e a legislação pátria, destacando-se para o tipo de pesquisa bibliográfica, sendo, então, apresentado, por questão de organização, em quatro partes relativas ao desenvolvimento do título “A Razoável Duração do Processo e a Garantia Constitucional de uma Tutela Jurisdicional Efetiva: atuação *ex officio* do magistrado na concessão da antecipação da tutela.”

A primeira parte do trabalho ocupa-se com a tutela jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, faz-se um estudo preliminar sobre o processo e a relação jurídica processual, bem como estabelece suas linhas evolutivas. Nesse momento, denota-se que, o processo é um mero instrumento para obtenção da efetividade do direito material.

A segunda parte do trabalho dedica-se ao estudo do documento 319 do Banco Mundial e suas influências, bem como as reformas processuais.

A terceira parte do trabalho, por sua vez, apresenta-se como componente o terceiro e quarto capítulo. No terceiro, faz-se um estudo dos direitos fundamentais e dos princípios processuais pertinentes à prestação da tutela jurisdicional, dentre eles, os princípios informativos, princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, do Devido Processo Legal Processual, da Inércia e do Dispositivo, da Cooperação e da Efetividade; e, no quarto capítulo, em especial, estuda-se acerca da garantia constitucional da duração razoável do processo.

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

⁴ “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

E por fim, no que tange a quarta parte da pesquisa refere-se às tutelas de urgência, e em específico a tutela antecipada, disposta no quinto capítulo, bem como o afunilamento da pesquisa, no sexto e último capítulo, que tem como cerne a concessão da tutela antecipada de ofício.

Ante o exposto, através do presente trabalho, tentar-se-á demonstrar uma nova tendência do processo moderno, encarado como um instrumento de concretização do direito e da realização da justiça, com a utilização do método teleológico de interpretação nas normas processuais, em especial o disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, com o adequado e possível uso do princípio da razoável duração do processo e, sempre buscando o ideal de efetividade do processo, isto é, o real sentido de justiça como a própria expressão do direito.

Primeira Parte

CAPÍTULO 1 – TUTELA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tutela Jurisdicional é o amparo outorgado pelo Estado, através dos seus órgãos judiciais, àquele que é titular de uma posição jurídica de vantagem, de forma a proporcionar a esta pessoa a garantia de ter o direito ofendido restaurado, gerando-lhe satisfação⁵.

O instituto da tutela jurídica trata-se de “tutela protetiva do direito material lesado ou ameaçado de lesão, nascida em um processo que tem observância plena do direito constitucional e tutela efetiva da justiça”, conforme a conceituação apresentada por MESSA⁶.

Diante de tais conceitos, convém dizer que é preciso dissecá-los, buscando uma melhor compreensão do fenômeno da tutela jurídica, a partir do estudo do trinômio que a consubstancia, qual seja: jurisdição, ação e processo.

Pois, jurisdição, ação e processo são institutos que se interligam para formar o que a doutrina se denomina trilogia estrutural do processo.

1.1 Sociedade, Direito e Jurisdição

O ser humano é um ser gregário, pois ele foi concebido para viver em sociedade. Desde os primórdios da humanidade, tem-se notícia de que o homem se agrupa. Passou ele do primeiro grupo de agregação social (a família) para a clã, depois adveio a tribo e, por último, o Estado⁷.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol.1. 4ª ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p.106.

⁶ MESSA, Ana Flávia. Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (coordenadores). *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. 1º ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.49.

⁷ ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Teoria Geral do Processo*: penal, civil, trabalhista. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p.1.

A sociabilidade é parte essencial na vida da humanidade. Desde os primeiros registros históricos acerca do comportamento humano, tem-se percebido que, ontologicamente, o homem precisa da cooperação do outro, a fim de que seus interesses sejam atendidos, e suas necessidades, supridas. Há, pois, uma relação de dependência dos homens entre si, cuja força motriz é a consecução dos valores humanos, como a compra ou a venda de um bem, a constituição de um matrimônio, o ingresso em um trabalho, etc ⁸.

A propósito, em toda ação praticada pelo homem em sociedade, sobre a qual se estabelece um vínculo com outra pessoa, é instaurada uma relação jurídica. Trata-se do “liame que nos une a nosso semelhante, ou a uma pessoa jurídica ou ao Estado e que pode tomar múltiplas facetas”, conforme conceituação dada por Venosa ⁹ a esse referido instituto.

Sociedade é mesmo o meio em que surge o fenômeno jurídico. A relação entre a sociedade e o direito está umbilicalmente atrelada a que os romanos asseveraram que *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*¹⁰. A partir dessas premissas, convém dizer que o Direito nasce para disciplinar tais relações, buscando cumprir o objetivo-síntese do Estado Social que é o bem-comum.

Portanto, cabe ao direito a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros¹¹.

De acordo com o entendimento exposto por Cintra, Grinover e Dinamarco ¹², na hipótese do surgimento de um conflito em face de uma pretensão resistida, o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, é chamado para atuar e ditar o direito a ser aplicado àquele caso concreto, protegendo o bem jurídico violado, a fim de propiciar a pacificação com justiça, mediante o poder que a lei lhe confere. Residem aí os escopos jurídicos, sociais e políticos que norteiam a atividade desempenhada pelo Estado, vocacionada a compor os conflitos de interesses, chamada jurisdição.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

⁹ *Idem, Ibidem*.

¹⁰ Tradução livre: “Onde há o homem, existe a sociedade; onde há a sociedade, existe o direito”

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 25.

¹² *Ibid.*, p. 40.

O Estado tem o poder, dever e a obrigação de realizar o Direito, solucionando os conflitos de interesses e preservando, conseqüentemente, a paz social. A essa função estatal dá-se o nome de jurisdição.

Entende-se, pois, por jurisdição “a atividade mediante a qual os juizes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos”¹³. Trata-se da capacidade, que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. Assevera-se que, segundo Marinoni e Arenhart¹⁴, a vontade dos particulares é submetida ao poder estatal que vai dizer quem tem razão em face do caso conflitivo concreto.

Nesse diapasão, faz-se mister dizer que não há que se falar em jurisdição sem a instauração de um litígio. Segundo os ensinamentos do professor Humberto Theodoro¹⁵ há litígio quando o conflito surgido na disputa em torno do mesmo bem, não encontra uma solução voluntária ou espontânea entre os diversos concorrentes, gerando um impasse. Dessa forma, a jurisdição é informada pelo princípio da inércia, ficando impedida de intervir na relação jurídica controvertida sem ser convocada.

Dentre as diversas formas para a composição dos litígios, a jurisdição é a heterocomposição levada a cabo por um terceiro (o magistrado) por meio do processo.

Jurisdição é uma das funções do Estado, a qual substitui às partes na solução dos conflitos de interesses.

Nos primórdios da história humana, quando ainda não havia Estado nem leis, a resolução dos litígios era feita pelos próprios titulares dos interesses em disputa. O resultado era, quase sempre, a predominância do mais forte ou do mais esperto sobre o mais fraco ou menos inteligente, o que nem sempre se coadunava com os ideais de justiça. A solução dos conflitos era parcial, na medida em que dada pelas próprias partes envolvidas. Com a evolução das instituições, o Estado assumiu para si a responsabilidade de dar solução aos conflitos, proibindo que os próprios envolvidos o fizessem, de forma unilateral, como regra¹⁶.

Portanto, importante dizer que, a jurisdição é monopólio estatal, visto que as partes conflitantes ficam privadas de fazer seus direitos subjetivos e de atuarem com as próprias mãos. A chamada justiça privada vigorou, com muita intensidade, nos tempos

¹³ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 2. 7º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

¹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, v. 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.46.

primitivos, quando o Estado era limitado e desprovido de poder para superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares¹⁷.

Porém, com a construção e a consolidação do Estado moderno, a justiça pública substituiu o sistema anterior e, atualmente, reconhece-se à autoridade estatal o poder de impor-se sobre os particulares, de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de fazer cumprir, no mundo das coisas, o que o preceito estabelece, caso a parte recalcitrante se recuse a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.

Destarte, na titularidade da atividade jurisdicional, o Estado aceita a provocação do interessado e a sua cooperação, submetendo as partes envolvidas na situação controvertida à sua tutela que, agindo de maneira imparcial, promove o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesse. A decisão proferida pelo órgão jurisdicional é a última, porquanto não pode ser sujeita ao controle de nenhum outro poder¹⁸.

A jurisdição tem, pois, a função de reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível, valendo-se ressaltar, que somente os atos jurisdicionais tornam-se imutáveis, porque a partir de um determinado momento não podem mais ser discutidos, fenômeno conhecido como a aptidão para a coisa julgada. Características estas que são por demais importante para sua distinção.

Por pertinente, interessante lembrar que o ordenamento jurídico pátrio admite outros meios alternativos de composição de conflitos. Tais modalidades podem ser representadas pela conciliação e pelo arbitramento. A conciliação, classificada como uma das formas de autocomposição, pode se dar dentro ou fora da esfera jurisdicional, sendo e é caracterizada por conferir às partes condições favoráveis para a eliminação do conflito, através de atos de sua própria vontade. Por outro lado, a arbitragem, que ganhou nova força e vigor com a Lei n. 9.307/96, é a atividade mediante a qual, um árbitro privado que, pode ser qualquer pessoa capaz de confiança das partes, tem o condão de compor o conflito¹⁹.

¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op cit.*, p.27.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento*, v. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 77.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 2. 7º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.35.

Nos termos do artigo 22, § 4º, da referida lei, se os árbitros não forem investidos do poder jurisdicional estatal, não podem realizar a execução de suas próprias sentenças nem impor medidas coercitivas. No entanto, admite-se solicitar ao órgão do Poder Judiciário as medidas necessárias para a efetivação do julgado. Porém, destaque-se que, só nos casos de interesse material disponível é que se admitem essa forma de pacificação social.

Anote-se que, sendo o Estado titular do poder de decidir os conflitos de interesses não resolvidos no âmbito extrajudicial, o sistema jurídico atual pauta-se na proibição de recusa da prestação jurisdicional, restando-lhe o dever de oferecer resposta ao problema quando for invocado, acolhendo ou negando a pretensão do demandante²⁰ Assim, verifica-se que, além de um poder do Estado, a jurisdição é, também, um dever.

Diante das ponderações feitas acima, pode-se caracterizar a jurisdição como substitutiva, imparcial, inerte. Além dessas, não se pode olvidar que a lide é elemento essencial para que a jurisdição seja desempenhada pelo Estado e que este detém o monopólio de tal função. Por se tratar de um poder estatal, diz-se ainda que, a jurisdição é una, embora seja divisível, podendo ser fracionada em diversos órgãos, recebendo cada um suas respectivas competências, conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco²¹.

Enfim, em curtas palavras, pode-se afirmar no que tange a trilogia estrutural do processo, que a jurisdição, como vista, é provocada mediante o direito de ação e será exercida por meio daquele complexo de atos que é o processo.

1.2 Relação Jurídica Processual

É cediço que a função jurisdicional é aquela por intermédio da qual os conflitos de interesses são resolvidos. Porém, para obter o acesso a ordem jurídica justa, a lei confere ao interessado um instrumento capaz de conduzir a pretensão resistida ao provimento estatal. Trata-se do processo, que pode ser conceituado como “o

²⁰ DIDIER JR, Fredie, *Op cit.*, p.78.

²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 156.

instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução”²².

O renomado autor, Elpídio Donizetti²³, refere o processo, como o terceiro dos institutos fundamentais do Direito Processual, afirmando que o mesmo pode ser conceituado sob dois enfoques: do ponto de vista intrínseco, é a relação jurídica que se estabelece entre autor, juízo e réu, com vistas ao accertamento, certificação, realização ou acautelamento do direito substancial subjacente; sob a perspectiva extrínseca, é o meio, o método ou o instrumento para definição, realização ou acautelamento de direitos materiais.

O processo é, pois, o instrumento a serviço da parte, titular do direito ofendido, para obter a prestação jurisdicional. É através dele que o Estado exerce a jurisdição, sua função fundamental, manifestando a vontade do direito material ao decidir, de forma imperativa, sobre o litígio, dando razão a uma das partes²⁴.

Anote-se que o processo independe do direito material, embora, ao provocar o Judiciário, o demandante persiga a concretização do suposto direito material lesionado, tendo, assim, satisfeita a sua pretensão²⁵.

O processo, além de autônomo com relação ao direito material, é de natureza pública. Como bem esclarece Marinoni²⁶, “o processo é colocado pelo Estado à disposição das partes.” Cuida-se, portanto, de uma faculdade, para a qual a parte interessada tem disponibilidade.

Nesse diapasão, calha fazer uma consideração, outrossim, que a questão controvertida a ser solucionada, através da atividade jurisdicional do Estado, é revelada no processo, cujo “objeto é o pedido formulado pela parte em face da relação material controvertida.”²⁷

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 29.

²³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 55.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 389.

²⁵ MESSA, Ana Flávia. Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima(coordenadores). *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. 1º ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p. 47.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op cit.*, p. 389.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.52.

Acerca do tema ora abordado, por guardar uma inteira simetria com a hipótese aventada, Didier Jr.²⁸ faz uma distinção entre o objeto do processo e o objeto litigioso do processo, aduzindo que

o objeto do processo abrange a totalidade das questões postas sob apreciação judicial, ao passo que o objeto litigioso do processo cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual. Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é o objeto da decisão.

Não se pode deixar de registrar o caráter teleológico que reveste o processo, na medida em que a vontade concreta da lei material é ditada através dele, pondo fim ao litígio.

Reconheça-se que, a partir da instauração do processo, trava-se uma relação jurídica processual, de direito público, que compreende o Estado-juiz, bem como as partes envolvidas na situação conflituosa, ou seja, o demandante e o demandado, este é integrado independente de sua vontade.²⁹

Contudo, deve-se destacar a teoria desenvolvida por Oskar von Bulow, em 1868, na Alemanha, citada por Cintra, Grinover e Dinamarco³⁰, segundo a qual a relação jurídica processual não se confunde com a relação de direito material, trazida pelas partes para ser apreciada pelo juiz.

Segundo as lições de Lopes da Costa *apud* Theodoro Jr.³¹, a relação jurídica processual é de direito público, é autônoma, é complexa por abranger uma série de atos processuais, é unitária, é concreta e é dinâmica. Seus integrantes estão sujeitos aos efeitos por ela produzidos, os quais acarretam poderes, direitos, faculdades, bem como ônus, deveres e obrigações processuais.

O Estado-juiz é, assim como as partes, atingido por esses efeitos quando lhe é garantido o direito de investigar a verdade real, de apreender bens, não podendo se escusar, por outro lado, do dever de respeitar o devido processo legal, o de assegurar às partes o contraditório etc.³²

²⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento*, v. 1. 6º ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 253.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 391.

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p.135.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op cit.*, p.78.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 81.

A respeito disso, é importante salientar que o processo é movido por uma série de atos praticados ora pelas partes, ora pelo juiz, ou mesmo pelos serventuários da justiça. Conforme conceitua Montenegro Filho,³³ a essa “sucessão de atos, que representa a forma como o processo se desenvolve, atribui-se a denominação de procedimento”. O mesmo autor³⁴ assevera que “quanto maior for o número de atos admitidos no procedimento, mais longo será o processo.”

Nesse sentido, assinala-se que a complexidade dos atos, admitidos no processo em atenção à sua própria necessidade, vai definir o rito que ele seguirá. Destarte, a lei estabelece espécies de procedimentos ou ritos que devem ser observadas pelos operadores de direito, a saber: o rito comum, que se subdivide em ordinário e sumário, e o especial³⁵.

Impende ressaltar que o andamento do processo deve-se proceder em consonância com a forma prevista em lei, não se admitindo a prática de atos estranhos à norma legal ou por ela vedados³⁶. Além disso, um processo comprometido com os valores do Estado deve ser orientado pelos princípios que a lei lhe reserva.

Na esteira desse entendimento, o princípio do devido processo legal abarca todas as exigências necessárias para a elaboração de um processo válido, estando arraigados em sua essência os aspectos axiológicos que revestem os demais princípios processuais. A sua aplicação assegura a observância das garantias fundamentais tuteladas na Carta Maior pátria como o contraditório e a ampla defesa; a igualdade processual; a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais; e, sobretudo, o direito a ordem jurídica justa³⁷.

Dentro desse contexto, merece destaque o princípio do contraditório, pois se trata de um mecanismo, constitucionalmente garantido, por meio do qual permite que as partes que figuram no processo tenham participação efetiva, mediante alegações, provas, etc. Ao discorrer sobre o instituto, Didier Jr.³⁸ assevera que se trata de princípio inerente ao processo, expressão da democracia. Ele continua sua explanação dizendo

³³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 189.

³⁴ *Idem, Ibidem*.

³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23^o ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 353.

³⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op cit.*, p. 53.

³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 88.

³⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento, v. 1*. 9^a ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p.58.

que é através dele que a participação e a possibilidade de influência na decisão são garantidas.

Destarte, a não observância desse postulado torna o processo desprovido de legitimidade. Nesse sentido, Marinoni³⁹ afirma que “o processo deve legitimar – pela participação – deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima”. O mesmo autor⁴⁰ acrescenta:

A legitimação da participação decorre da efetividade das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a idéia de participação.

Nessa argúcia, entende-se que as normas reguladoras do processo decorrem de um parâmetro único, que é o do Estado Democrático de Direito, o qual se submete ao império da Lei emanada do povo, titular do poder, garantindo e respeitando os direitos fundamentais. Tudo conforme o disposto no artigo 1º da vigente Constituição Federal de 1988⁴¹.

Nesse toar, deve-se ficar claro que, todas as normas que regem o processo são frutos de um debate democrático. O processo não é criado ou comandado pelo juiz. Os termos do processo estão pré-definidos e vinculam todos os que nele atuarem. Tudo o que se define no processo, portanto, é democrático.

É imperioso assinalar que a participação das partes que compõem a relação jurídica processual deve-se dar de forma paritária, ou seja, em igualdade de condições, quando do surgimento da necessidade de se manifestar nos autos, de forma que, diante de qualquer poder conferido a uma das partes, outorgue-se à outra o correlato poder de reação⁴².

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 399.

⁴⁰ Idem, Ibidem.

⁴¹ TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 409 a 414.

Ainda no tocante à relação jurídica processual, é importante ressaltar as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco,⁴³ quando revelam que as partes que nela figuram se encontram em “sujeição ao juiz”. Este, a seu turno, atua no processo na condição de órgão do Estado, exercendo o poder, em benefício geral e no cumprimento da sua função de pacificar pessoas em conflito e fazer justiça.

Contudo, para que o provimento estatal seja efetivamente prestado, é preciso que, na referida relação, estejam presentes os pressupostos processuais, que consistem em requisitos formais e materiais⁴⁴. Assim, são pressupostos processuais uma “demanda regularmente formulada, a capacidade de quem a formula e a investidura do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade do juiz.”⁴⁵

Atendidos tais pressupostos e sendo edificados à luz dos princípios que norteiam todo o sistema processual, infere-se que o processo é, ontologicamente, a ferramenta essencial para a plena realização da justiça, através do qual o direito fundamental à tutela jurisdicional, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, é efetivado, restando assegurada a proteção ao titular do direito material ameaçado ou violado, além de lhe garantir a legítima participação em todo o trâmite processual⁴⁶.

É de se notar que a tutela jurisdicional é salvaguardada pela Constituição Federal pátria, de modo a garantir aos membros da coletividade que necessitarem obter a satisfação processual o pleno acesso à justiça⁴⁷. Dinamarco⁴⁸ assinala que “todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem à garantia do acesso à justiça.”

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco⁴⁹, “para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas.”

⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 305.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 69.

⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 307.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op cit.*, p. 462.

⁴⁷ MESSA, Ana Flávia. Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (coordenadores). *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. 1º ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.46.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115.

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 39.

Ao processo é dado a missão de conduzir o interessado à obtenção de uma justiça substancial, de sorte que o não exame das pretensões daqueles que invocam o Poder Judiciário torna o referido instrumento um exercício improdutivo de lógica jurídica.⁵⁰

Dessa forma, deve-se atentar que o direito à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição que deve se valer de procedimentos e mecanismos adequados capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material.

Mormente, é preciso, que o Estado ofereça políticas que fomentem a superação dos óbices econômicos e sociais que impossibilitam o gozo do direito a essa ordem jurídica, imprescindível em uma organização justa e democrática, para aquele que dela necessitar. Isso porque “o Estado tem o dever de editar normas materiais e procedimentais para a proteção dos direitos fundamentais.”⁵¹

1.3 Linhas Evolutivas do Processo Brasileiro

No princípio, sob a égide do direito romano, o processo estava diretamente ligado ao direito material. Ou seja, apenas detinha o direito de ação aquele que tinha o seu direito subjetivo material lesado. Esta fase, denominada sincretismo, consagrou o chamado, e já ultrapassado, direito adjetivo. A visão era de conjunto, de subordinação do direito processual ao direito substancial.

O processo não possuía objeto próprio, pois fazia parte do direito material, que era visto como um todo. E o que importava era o direito substancial, o qual determinava o direito processual, posto em segundo plano, como algo complementar, adjetivo, integrante do direito subjetivo propriamente dito.

Havia a prevalência do princípio dispositivo e do princípio da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais, influência do liberalismo político então vigorante.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 114.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 201.

A ação só existiria quando houvesse o direito material da parte: tratava-se da *actio romana*. Esta é a visão de Savigny, que a ação era o próprio direito material “armado para a luta”, ou seja, a ação era o direito substancial lesado que, adquirira forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida.

Sobre esta primeira fase, brilhante explicação de Cândido Rangel Dinamarco:⁵²

Tinha-se, até então a remansosa tranqüilidade de uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado das lesões ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sibi debeatur, judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. (...)

Foi esse o sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir.

Essa fase perdura até a segunda metade do século XIX, quando o direito processual adquire sua autonomia.

Em meados de 1850, na Alemanha, iniciou-se a construção de uma idéia de autonomia do processo com relação ao direito material, e do processo enquanto ciência. Esta foi a fase denominada autonomista, conhecida também como conceitual.

Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional em face da *actio romana*: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até a plena consciência da autonomia não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais.⁵³

Com efeito, chegou-se à distinção entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídica processual, mostrando que tais relações existem diferentemente.

Comprova-se que a relação jurídico processual se dá entre o Estado-Juiz e as partes e é independente da existência do direito material, surgindo o direito a uma tutela declaratória negativa, ou seja, de que a parte não tem direito ao direito subjetivo material.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p.28.

⁵³ *Idem, Ibidem*.

Constatou-se, nessa fase autonomista, que a ação não é instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. Essa é a fase da formulação das grandes teorias processuais, com a busca da afirmação da autonomia científica do direito processual.

Destarte, surge uma ciência processual, com objeto e método próprios, caráter abstrato, distinto e independente do direito substantivo. Impõe-se uma doutrina trinária, ação, jurisdição e processo, e este passa a ser concebido como algo de direito público, como atividade própria do Estado, inclusive nas questões privadas.

Há, então, um retorno ao formalismo medieval, sob outra roupagem, deixando-se de lado o direito material em si, atendo-se o processo ao tecnicismo exacerbado.

Essa atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem a devida preocupação com a justiça, é decorrência do chamado “Positivismo Jurídico”, criado no século XIX, com base na afirmativa de Platão, desenvolvida por Aristóteles, segundo a qual “um governo de leis é melhor que um governo de homens”.

Segundo o pensamento do “Positivismo Jurídico”, o direito restringe-se ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, normas técnico-formais, concepção esta conveniente para aqueles que não querem assumir a responsabilidade e os riscos de se buscar a Justiça, ocultando-se sob o manto da legalidade formal.

Faltou, nessa segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, categorias e conceitos fundamentais, em que o processo é visto com mero instrumento técnico à realização da ordem jurídica material, sem qualquer análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de proporcionar.

Sob esse aspecto, o Poder Judiciário reduz-se a um Poder de verificação da legalidade, extremamente indiferente, e a magistratura perde sua grandeza, ao se apegar a questões meramente formais, deixando de buscar algo tão valioso e que é a razão de sua existência: a justiça social.

Dessa forma, o ser humano foi esquecido pelo Judiciário, acabou prevalecendo a lei em apenas seu aspecto formal, fabricada pelo Poder Legislativo, sem qualquer preocupação com a justiça e os interesses sociais, onde, muitas vezes, o

arbítrio de alguns poucos e poderosos homens esconde-se atrás de leis aparentemente neutras.

Com tudo isso, tem-se que esse legalismo formal, muitas vezes antidemocrático e contrário à ética, afastou o direito da justiça, tornando difícil, cada vez mais, alcançar-se o ideal do justo.

Com o passar dos tempos, verificou-se que o processo havia crescido de forma introspectiva, de maneira insuficiente a atender aos anseios sociais.

Começaram, então, as indagações sobre a utilidade e finalidade do processo ante a sociedade, e se tornou indispensável uma reforma de mentalidade, para que o sistema judiciário não fosse utilizado como uma forma legal de se promover injustiças.

O excesso de legalidade formal não pode impor às pessoas o seguimento cego à lei, invertendo-se a razão lógica de que as leis é que devem servir aos anseios da pessoa humana.

Adiante, passa-se a enxergar o processo sob o ângulo externo: da sociedade para o processo; e não mais sob o seu ângulo interior. Ele deixa de ser encarado como um fim a si mesmo, passando a ser um meio, um instrumento de realização de algo, com uma visão teleológica voltada para a sua finalidade, utilizado para servir à sociedade.

Chegou, então, o terceiro momento metodológico do direito processual, marcado pela busca de uma nova mentalidade, voltada para o sentido de justiça e procurando se abstrair das formas técnico-formais.

Com isso, essa atual fase enxerga o processo como meio ou instrumento para a realização do direito material. Assim, a idéia de instrumentalidade do processo pretende-se que o mesmo possa produzir resultados práticos, que preste efetiva tutela jurisdicional ao detentor do direito material.

Pronuncia-se Ada Grinover sobre este tema:

Conquistadas as bases científicas do direito processual, consolidadas conceitualmente suas categorias e seus institutos, estabelecida a autonomia do processo, civil e penal, em relação ao direito material, os processualistas brasileiros puderam partir para outra fase metodológica, eminentemente crítica.

O processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados, na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer. E o processualista moderno, consciente dos níveis expressivos de desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência, deslocou seu ponto de vista, passando a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados

junto aos *consumidores* da justiça. Partiu, assim, a doutrina processual brasileira para a etapa *instrumentalista* do processo.⁵⁴

Desta feita, compreende-se que a idéia de instrumentalidade do processo está diretamente ligada à produção de resultados efetivos àquele que detém o direito material.

1.4 A Fase Instrumentalista Do Processo: O Processo como Instrumento de Realização do Direito Material, produzindo resultados úteis

A instrumentalidade surge como uma nova forma de se encarar o processo, no intuito de que este alcance os resultados práticos desejados. Busca-se a essência do processo, sua razão de existir, procurando abstrair-se das funções técnicas e resgatar a sua efetividade, o anseio pela justiça, a solução do litígio, e não a solução do processo.

Esta fase instrumentalista é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, quanto a seu aspecto de produzir justiça entre os membros da sociedade, o processo continua falho, sendo preciso vê-lo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados práticos.

Não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos operadores do direito (juízes, advogados, promotores de justiça, etc.), faz-se mister levar em conta o modo como os seus resultados chegam à população a que é destinatário.

A Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o processo é uma realidade do mundo social, legitimado por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico, os quais constituem finalidade do processo.

O escopo social estabelece que a jurisdição existe para a pacificação social, para que a lide chegue ao fim; através do escopo político, o Estado detém o monopólio da jurisdição e o poder-dever de fazer cumprir a lei, trata-se da reafirmação constante do poder político do Estado, fazendo com que as normas que colocou em vigor sejam

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.6.

aplicadas; e, finalmente, o escopo jurídico, que estatui que o processo existe para que o direito material seja aplicado, para a atuação da vontade concreta da lei.

Essa terceira fase, porém, ainda está longe de exaurir o seu potencial reformista, mas com ela já foi possível tomar maior consciência acerca do relevantíssimo papel do direito processual e de sua missão perante a sociedade e o Estado.

Já se obteve, inclusive, progressos no plano prático, especialmente no tocante à legislação sobre pequenas causas, com a ampla assistência jurídica, simplificação das formas e maior acessibilidade popular, etc.; como também no tocante à ação civil pública, ao mandado de segurança coletivo, à assistência judiciária aos necessitados, o Código do Consumidor, etc.

Igualmente se vislumbram progressos no Poder Judiciário, com juízes e tribunais gradativamente conscientizados dos valores humanos contidos nas garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal e necessidade de se tratar o processo, sempre, como autêntico meio de acesso à ordem jurídica justa.

Vale destacar um importante acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no julgamento da Apelação Cível nº 96.004366-4, nos seguintes termos:

O processo não encerra um fim em si mesmo. Ao contrário, é meio para que através dele possa o Estado Juiz dirimir os conflitos e querelas sociais.[...] Não há que se valorizar o formalismo do processo em prejuízo do direito à prestação jurisdicional, menosprezando sobremaneira o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

E é exatamente nesse contexto de sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional onde se situam as propostas e “ondas renovatórias” do processo, pois é natural que o instrumento se adapte às mutantes necessidades decorrentes das variações dos objetivos substanciais a perseguir.

O processualista moderno, sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo, e interessado em obter soluções adequadas, chegou à conclusão de que os conceitos atuais precisam ser revistos, que há a necessidade de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados.

O Direito precisa alcançar todas as classes sociais, reduzir o excessivo apego à forma, à uma linguagem rebuscada e difícil, recheada de citações eruditas, discussões centradas em formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma

importância à justiça, pois tudo isso afasta o verdadeiro sentido do direito em si, constituindo um dos principais motivos da descrença do povo no Poder Judiciário Brasileiro.

Como afirma Dalmo de Abreu Dallari⁵⁵, “Não se percebe preocupação com os interesses e angústias das pessoas que dependem das decisões e que muitas vezes já não têm mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados a abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte”.

E essa visão instrumental, presente no espírito do processualista moderno, transparece nas preocupações do legislador brasileiro dos dias atuais, como se verifica da Lei dos Juizados Especiais, da Lei Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Defesa do Consumidor, normas estas destinadas à maior efetividade do processo.

O processo é instrumento, ele existe para que a jurisdição atinja os seus objetivos, independentemente do direito material.

Enfim, reflexo dessa visão instrumentalista é a série de reformas pela qual vem passando o Código de Processo Civil. As recentes alterações têm por escopos a simplificação do processo, para deixar de ser um mero formalismo, e restringir a burocracia pertinente a ele; como também a celeridade, ou seja, de acordo com o caso concreto, a resposta jurisdicional deve ser prestada em um tempo razoável; bem como a efetividade, que consiste na produção de resultado útil ao jurisdicionado e toda a sociedade.

1.4.1 Instrumentalidade Em Sentido Negativo: Instrumentalidade Das Formas

O princípio da instrumentalidade das formas fundamenta-se na relativização da irregularidade das formas para que o processo alcance a sua finalidade. Encontra-se insculpido no artigo 244 do nosso Código de Processo Civil, que assim dispõe: “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”

⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.31.

A nulidade que não causar prejuízo será relevada, salvo se houver imposição cogente de tal nulidade. O CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis.

O artigo 249, em seus parágrafos 1º e 2º, do CPC, também traduz o princípio de instrumentalidade das formas, criando restrições ao apego excessivo à forma.

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta. (grifado)

Contudo, não basta a norma escrita, fundamental a consciência dos julgadores, no sentido de aplicarem esta tão importante regra, assim como a consciência dos legisladores.

Ademais, como bem alerta Marinoni, atentando para a idéia do “aspecto negativo da instrumentalidade”:

Para que o processo possa realmente atingir os objetivos a que se destina é importante termos em consideração que ele não é um fim em si mesmo, e que, portanto, as suas regras não podem sobrepujar as do direito material e as exigências sociais de pacificação dos conflitos. (...) A técnica do processo não pode ser pensada de modo “formalista”, já que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual⁵⁶

Portanto, afirma-se que só deve haver prevalência da forma sobre algum ato processual se esta for imprescindível para a obtenção dos objetivos daquele ato.

1.4.2 Face Positiva Da Instrumentalidade: A Efetividade do Processo

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p.43.

A face positiva da instrumentalidade do processo é a sua efetividade, ou seja, a procura de meios para que o processo seja efetivo, para que sejam atingidos os escopos da jurisdição e aplicado o direito material.

Percebe-se que a falta não está na norma, esta existe, o que falta é a sua efetividade, a sua eficácia fática, e a técnica processual deve voltar-se na busca dessa efetividade, essa é a atual fase do processo no mundo. A efetividade da norma processual é a efetividade da norma jurídica de direito material.

Assim, a tendência moderna é a efetividade do processo, através de sua instrumentalidade, procurando-se um aprimoramento do sistema processual, e se defendendo um alargamento da via de acesso ao Poder Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da classe econômica dos sujeitos. Aumenta a preocupação com a garantia da ampla defesa e a igualdade em qualquer processo, com o aumento da participação do juiz na fase instrutória da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

Portanto, o processo deve ser visto como um instrumento a serviço da paz social. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se trata apenas da sua relação com a lei material, pois o Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade, e estando esse bem-estar social turbado pela existência de conflito entre pessoas, ele se vale do sistema processual para devolver à sociedade a paz desejada, eliminando os conflitos, pois.

1.5 Pontos de Aferição do Processo

A efetividade do processo traduz um significado que se resume na idéia de que o processo deve ser apto a cumprir de forma integral as suas funções sociais, políticas e jurídicas, atingindo plenamente os seus escopos institucionais.

Vale como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos, impondo o seu cumprimento com justiça. Garante a participação popular nos destinos da sociedade, assegurando-lhe a liberdade garantida no Estado democrático de direito.

O insigne professor Cândido Rangel Dinamarco⁵⁷ diz serem quatro os aspectos fundamentais que envolvem a problemática da efetividade do processo: a) admissão em juízo; b) o modo de ser do processo; c) critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); e d) a efetivação dos direitos (ou efetividade das decisões).

1.5.1 Admissão em Juízo

A admissão em juízo está relacionada com a abertura da via de acesso ao processo, que envolve tanto a postulação quanto a resistência. Refere-se a problemática situada no campo econômico, como o alto custo do processo, a pobreza; no campo psicossocial, como a falta de informação, a descrença na Justiça; e, no plano jurídico, a legitimidade ativa individual.

A efetivação da admissão em juízo engloba todos esses fatores, os quais juntamente com as leis dos Juizados Especiais, as previstas no Código de Defesa do Consumidor e ao Meio Ambiente constituem valiosos passos nesse sentido.

1.5.2 Modo de Ser do Processo

O modo de ser do processo valoriza os princípios e as garantias constitucionais, como o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o Juiz Natural, o Juiz Competente, a Igualdade de tratamento, Contraditório e Ampla Defesa, Publicidade, Lícitude dos Meios de Prova, Fundamentação das decisões judiciais e o importantíssimo Princípio do Devido Processo Legal.

Incide, também, nesse particular, a real participação do juiz interessado no correto exercício da jurisdição.

Como bem salienta o professor Dinamarco sobre o tema:

Ora, a atitude do juiz, curioso diante dos fatos a apurar, constitui fator de boa instrução no processo e, portanto, elemento positivo quanto à efetividade dos seus resultados institucionais. Pois esse contato com as partes, com os seus patronos e com as fontes da prova (imediatez), mais a saída da condição

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.97.

passiva de espectador (liberdade investigatória), são dados muito significativos dessa atitude.⁵⁸

Outrossim:

A legitimação do Ministério Público, a intervir constitui fator importante para a adequação do processo aos seus escopos; Há ainda o princípio da adaptabilidade do procedimento às corretas situações, ditada para o melhor desempenho da função jurisdicional.⁵⁹

1.5.3 Utilidade das Decisões

A tendência do Direito Processual Civil moderno é no sentido de proporcionar mais utilidade aos provimentos jurisdicionais.

Propugna-se pela universalidade da jurisdição, mostra-se caminhos para a melhor realização do processo, adverte-se dos riscos de injustiças, tudo na esperança de se ter resultados práticos capazes de alterar, verdadeiramente, as situações das pessoas envolvidas.

O processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito.⁶⁰

A prestação da tutela específica dos direitos constitui fator para a efetividade do processo, como se dá com a execução em espécie, a obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas, e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (mediante as medidas cautelares).

1.5.4 Justiça nas Decisões

No que tange à justiça nas decisões, é imperioso que o Juiz mantenha sempre uma conduta orientada pelo critério de justiça, seja na análise da prova, na

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.288.

⁵⁹ *Ibid*, p. 320.

⁶⁰ *Ibid*, p. 297.

subsunção dos fatos ou na interpretação do direito posto, é o que salienta com sabedoria, Marinoni.⁶¹

Quanto a valoração da prova é preciso que o juiz valore os fatos e as situações trazidas a julgamento, levando em conta os sentimentos de justiça da própria sociedade, já que ele em verdade é um canal de comunicação com as situações postuladas concretamente na Justiça.

Novamente invoca-se as lições de Marinoni:

O juiz deve atuar a vontade da lei, dizia Chiovenda. Mas, atuando a vontade da lei, o juiz atua, também, a sua vontade. Atua a sua vontade, compreenda-se, quando aplica a norma adequando-a aos novos tempos e valores, fundamentos e princípios contidos na Constituição.⁶²

Assim, cumpre interpretar os textos legais sejam lidos em consonância os valores inseridos na Constituição e que o magistrado não se torne refém do mito da neutralidade.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 107.

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 320.

Segunda Parte

CAPÍTULO 2 - O DOCUMENTO 319 DO BANCO MUNDIAL E AS REFORMAS PROCESSUAIS

Além da percepção clara dos problemas decorrentes da demora demasiada da prestação jurisdicional e do sentimento geral de indignação diante dessa realidade de desamparo aos direitos, foi de grande contribuição tanto para o processo de reformas no âmbito constitucional e na legislação processual, quanto para o reconhecimento do direito fundamental ao processo sem dilações indevidas, o estudo do documento 319 do Banco Mundial, não obstante, sua visão econômica.

Diante da real inefetividade dos direitos, intensificou-se a necessidade de reformas objetivando a agilização das respostas judiciais na proteção de direitos, gerando expectativas por mudanças estruturais precisas e rápidas, o que culminou com o reconhecimento, em plano constitucional, do direito básico do homem a um processo judicial de garantia de direitos em tempo razoável e útil.⁶³

O objetivo primordial do amplo conjunto de alterações constitucionais introduzido com a Emenda Constitucional 45/2004, foi então a busca de maior agilidade e eficácia da atividade jurisdicional do Estado, mediante a adoção de meios de otimização da função judicante, com a superação de males que vinham contribuindo para o descrédito e para a ineficiência de parte do Poder Judiciário brasileiro.⁶⁴

2.1 O Acesso À Justiça Como Substrato Da Reforma Processual

O acesso à Justiça é tema de grande relevância na seara jurídica, colocando-se, hodiernamente, entre as principais preocupações dos operadores jurídicos, que, sensibilizados com a necessidade de se possibilitar a todos os cidadãos o exercício de seus direitos, procuram formas de fazer com que a Justiça se aproxime cada vez mais

⁶³ TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *Processo Ambiental – uma proposta de razoabilidade na duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2009, p.65.

⁶⁴ *Ibid.*, p.64.

de todos os jurisdicionados, independentemente da capacidade social, cultural ou econômica deles.

Ao lado disso, e intrinsecamente relacionada com a temática do acesso à Justiça, está a efetividade do processo, condição essencial para que se possa proporcionar ao usuário do sistema judiciário o alcance da realização de sua pretensão, com a entrega do bem da vida procurado em Juízo e não apenas com emissão de uma resposta técnica para o problema submetido a julgamento.

Este item demonstra um trabalho de pesquisa que procura apresentar idéias e estudos sobre o tema. Destaca-se como principais aspectos do acesso à justiça: a evolução do seu conceito; o acesso à justiça como direito fundamental do cidadão; os princípios constitucionais correlacionados; seus principais óbices; as possíveis soluções para superação dos obstáculos, e enfim, a imperiosa necessidade de se possibilitar a efetividade do processo, com decisões úteis, céleres e justas, para que o acesso à justiça não seja mera formalidade, sem correspondência com os anseios dos jurisdicionados.

2.1.1 Evolução do Conceito de Acesso à Justiça

A definição de “acesso à justiça” passou por importantes modificações no decorrer do tempo.

As organizações Estatais primitivas eram fracas e desenvolviam poucas atividades, limitando-se a estabelecer os direitos, sem oferecer mecanismos para que os detentores dos mesmos pudessem realizá-los através da atividade estatal, satisfatoriamente.

Diante da comprovada ineficácia da justiça privada e o fortalecimento do Estado, foi instituída, pelo Estado moderno, a Justiça Pública, que passou a exercer, com monopólio, não somente a definição do direito, mas também a aplicação deste aos que se recusassem a cumprir as leis espontaneamente.

Conforme noticia Humberto Theodoro Júnior:

estabeleceu-se a jurisdição, como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica

concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.⁶⁵

Entretanto, não havia a preocupação de que esse mesmo Estado devesse propiciar formas de possibilitar aos que necessitassem recorrer à Justiça, o exercício pleno dos seus direitos para que pudessem defendê-los de forma eficaz, limitando-se os procedimentos a regular o direito individual no aspecto formal, consistente no direito de propor ou contestar as ações.

A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.⁶⁶

Portanto, de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça, nos séculos XVIII e XIX, época dos Estados Liberais, significava “o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”⁶⁷. Nesse período, marcado pelo pensamento individualista, observa-se que o Estado não se preocupava com o acesso efetivo à justiça, mas, tão somente, com o acesso formal.

Assim, pelo que se constata das informações supra-aventadas, a autora Danielle Annoni⁶⁸ comenta com as seguintes palavras:

Só tinha acesso à justiça, no sistema do *laissez-faire*, quem podia enfrentar seus custos e suas delongas, haja vista que o papel do Estado era tão-somente permitir que o cidadão tivesse acesso à Corte de Justiça, a fim de propor a ação ou de se defender dela. Não cabia ao Estado senão administrar a aplicação da vingança privada. O direito ao acesso à justiça era o direito ao acesso formal, mas não efetivo.

Essa atitude formalística, caracterizada pela passividade do Estado e pela visão individualista, refletida nas declarações dos direitos da homem e do cidadão, predominou nos séculos XVIII e XIX, até que, com o desenvolvimento da sociedade, a transformação do conceito de direitos humanos e a coletivização das ações e

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 40.

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p.9.

⁶⁷ *Idem, Ibidem*.

⁶⁸ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 113.

relacionamentos, começaram a ocorrer movimentos pelo reconhecimento dos direitos sociais.

De frisar-se, então, que a referida análise individualista dos direitos foi substituída pela observância da necessidade de uma atuação prestacional e positiva do Estado para solucionar os conflitos, assegurando, efetivamente, os direitos dos cidadãos, tudo isso em razão das crescentes relações coletivas da sociedade moderna, então surgidas. Constatou-se, pois, que a titularidade de determinado direito não teria razão se o Estado não disponibilizasse instrumentos para sua efetiva proteção.

Registre-se, nesse teor, o que preceituam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo⁶⁹.

Percebe-se, que nos dias atuais, o acesso à justiça está umbilicalmente relacionado com o princípio da igualdade, e então, correlacionado com a garantia da acessibilidade de forma igualitária para todos os cidadãos, com a efetividade da prestação jurisdicional e com a justiça social, tendo em vista que, para dirimir os conflitos individuais e sociais, apenas o acesso formal não é suficiente.

Capelletti⁷⁰ mostra que os novos direitos humanos, dos quais cita como exemplo o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, que previa direitos garantidos nas modernas constituições, como direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação, trouxeram a necessidade de ampliação do acesso à justiça, provocando ação positiva do Estado no sentido de assegurar o gozo dos direitos sociais básicos.

No Brasil, inicialmente, tivemos uma evolução do significado de acesso à justiça muito lenta.

Durante o período do Império, o acesso à justiça, nos moldes que entendemos hoje, não existiu. A Constituição de 1824, fortemente centralista, instituiu o poder moderador, pertencente ao Imperador.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p.8.

⁷⁰ *Ibid.*, p.10-11.

Com a queda do Império, motivada, especialmente pela crise econômica e política vivida pelo País, e, posterior Proclamação da República, em 1889, fazia-se necessário a elaboração de uma nova Constituição, o que se deu em 1891.

Posteriormente, vê-se que a Constituição de 1934, traz novidades no campo trabalhista, com a questão do salário mínimo e o sindicalismo, instituindo uma Justiça própria do trabalho.

Outras importantes novidades da Constituição de 1934 foi a criação da ação popular e a assistência judiciária para os necessitados, com a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos, prevendo, também, a obrigação dos Estados e da União quanto à criação de órgãos especiais para tal fim.

Como ressalta o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

Os estados federais somente se interessaram pela criação de órgãos de assistência judiciária a partir da Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, até hoje em vigor, com modificações, que traduz uma série de normas sobre a concessão de assistência judiciária para os pobres.⁷¹

A Carta Política de 1937, instituiu o Estado Novo. Foi marcada por um grande retrocesso, descrevendo um Estado autoritário, tendo o Presidente poderes quase absolutos. Avaliava-se até mesmo se uma decisão do Poder Judiciário sobre a inconstitucionalidade de uma lei poderia ou não ser revista e tornada sem efeito pelo parlamento. Houve a supressão da Ação Popular e da Assistência Judiciária.

Sobre esse período, lembra José Afonso da Silva:

Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos - leis que ele próprio aplicava, como órgão do Executivo.⁷²

Com a redemocratização do País, a Constituição de 1946 alargou fortemente o campo dos direitos sociais, mas, no que se refere ao sistema de divisão de poderes foi profundamente afetado por força dos atos institucionais, com o estabelecimento da ditadura militar.

Por conseguinte, em 1967, novamente há um fortalecimento do Poder Executivo, que inaugurou o chamado Estado de Segurança. Em 1968, com o Ato Institucional n.º 5, a Constituição paralisa o seu funcionamento.

⁷¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 38.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.84.

A partir de 1969, excepcionando-se o período do Governo Médici, a ditadura foi recuando-se até a revogação dos atos de exceção com a Emenda Constitucional n.º 11/78.

Adiante, adveio a Lei da Anistia, o movimento pelas “Diretas Já”, até a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição então vigente.

A partir da década de 80 surgiram vários movimentos sociais exigindo a efetivação de direitos fundamentais e sociais, a exemplo do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, Movimento Ecológico, ONGs.

Pelo que se pode depreender, é que o escopo almejado é o acesso à uma Justiça igualitária e eficiente voltada para a consolidação de um sistema jurídico mais atuante, moderno e participativo.

Em 1981, com a Lei n.º 6.938, que regulava a Política Nacional do Meio Ambiente nasce a tutela no plano da defesa coletiva.

Em 1984, com a Lei n.º 7.244, nasce o Juizado de Pequenas Causas, que sem dúvida veio facilitar o acesso à justiça.

Em 1985, foi promulgada a Lei n.º 7.347, disciplinando a Ação Civil Pública, destinada, neste primeiro momento, a proteger o meio ambiente, o consumidor, e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1.º).

Por derradeiro, em 1988, surge a nova Constituição brasileira, conhecida como Constituição Cidadã, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, criando mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça.

Nesse diapasão, constata-se que a preocupação com o acesso efetivo à justiça levou ao surgimento de três posicionamentos que, surgindo em seqüência cronológica, buscavam solucionar os problemas existentes. Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁷³ lecionam sobre as três “ondas” consoante serão analisadas a seguir.

A “primeira onda” tratou da assistência judiciária aos pobres. Nesse período, superado o pensamento individualista, a coletividade reivindicava seus direitos

⁷³CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p.3.

então denominados de “novos direitos humanos” que buscavam tornar efetivos os direitos assegurados pelas declarações dos direitos do homem.

Por conseguinte, constatou-se a necessidade da proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Surgiu, então, “a segunda onda” que buscava a representação dos interesses difusos e coletivos.

Alertou-se sobre a necessidade de haver um representante que agisse em nome e em benefício da coletividade afetada. Foi atribuída, então, ao Ministério Público a tutela desses direitos, mas não com exclusividade, haja vista o surgimento das Agências Públicas Especializadas e Organizações não-governamentais para também desempenhar esta tarefa de tutelar esses interesses tão importantes.

Exsurge, por fim, a “terceira onda” que, ainda hoje, visa uma concepção mais ampla de acesso, isto é, busca soluções para um efetivo acesso à justiça.

Impende trazer à baila os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth acerca do assunto:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁷⁴

Aliado ao entendimento acima exposto, Carlos Henrique Bezerra Leite⁷⁵ assevera que é na “terceira onda” que surgem novos mecanismos judiciais que visam, especialmente, à celeridade processual. A informatização do Poder Judiciário, seguramente, constitui um desses mecanismos.

À guisa de observação final, mister se faz pontificar que, não obstante sejam constantemente aplicadas como sinônimas, as expressões “acesso à justiça” e “acesso ao Poder Judiciário” não possuem o mesmo significado. Alerta-se, que a primeira assertiva detém definição mais ampla, englobando a segunda. O acesso à justiça não pode ser limitado ao acesso aos órgãos judiciais vez que não se restringe apenas a um direito à proteção jurisdicional monopolizada pelo Estado, mas à proteção material dos direitos do cidadão, ou seja, direito à proteção efetiva, pois.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 67.

⁷⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTR, 2009, p.53.

2.1.2 Acesso À Justiça Como Direito Fundamental Do Cidadão

A Constituição Cidadã, como é também conhecida a atual Carta Política da República Federativa do Brasil de 1988, elenca alguns princípios que têm estreita relação com o acesso à Justiça, assegurando-o em seus respectivos aspectos.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do Controle Jurisdicional, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, e, encontra-se declarado no inciso XXXV, do art. 5.º, da referida Carta Magna, verbis: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁷⁶.

Este valioso inciso assegura o monopólio da jurisdição, da justiça pública, e impõe ao Judiciário o dever de prestar a tutela jurisdicional, evitando as chamadas autotutelas, permitidas, excepcionalmente, como nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, etc.

De igual forma, o retrotranscrito inciso garante o acesso à justiça, já que assegura o exercício do direito de ação judicial independentemente de processo administrativo, salvo as questões relacionadas à Justiça Desportiva. E, ainda a expressão “ameaça” permite a tutela preventiva de direitos, ensejando o habeas corpus preventivo, o mandado de segurança preventivo, entre outros.

Com muita propriedade, propugna Luiz Guilherme Marinoni⁷⁷ que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não garante somente uma resposta jurisdicional, mas sim, a tutela que seja capaz de realizar, de forma efetiva, o direito pleiteado pelo autor tendo em vista que o processo, diante da proibição da justiça privada, configura a resposta que o Estado deve oferecer ao cidadão, e, por tal razão, busca resultados análogos aos que seriam alcançados se os preceitos legais fossem observados de forma voluntária.

Sobre esse tema, destaca-se um texto do professor Roberto Rosas, *verbis*:

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/03/2010.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.26.

Não basta a instituição da Justiça, bem como a organização judiciária. Necessárias a permissão de ingresso, as facilidades da entrada em juízo, do socorro ao Judiciário nos conflitos individuais ou coletivos e até meramente preventivo.

Os entraves ao ingresso no Judiciário são inconstitucionais, porque impedem a solução dos conflitos. Por isso, quando a Constituição institui o juiz natural está a fixar a regra do ingresso no Judiciário. Qualquer lesão não será afastada do exame judicial, e, por consequência, qualquer obstáculo é contrário a esse acesso.⁷⁸

Ainda sob o prisma constitucional, vale destacar a lição do professor Nalini:

O texto da Constituição do Brasil de 1988 é pródigo de exemplos de preceitos que decisivamente demonstram a intenção do constituinte de favorecer o acesso de todos os homens ao benefício da justiça, a partir do art. 1.º, que estabelece como fundamento da República do Brasil a dignidade da pessoa humana - inciso III. E sem a via aberta ao Judiciário, nenhuma pessoa terá reconhecida em plenitude sua dignidade, quando vulnerada em seus direitos.⁷⁹

De extrema valia salientar que, o direito ao acesso à justiça constitui um dos direitos mais importante, vez que, através do acionamento do aparelho estatal é que os cidadãos podem reivindicar e garantir todos os outros direitos previstos no ordenamento jurídico, daí a violação ou restrição do direito ao acesso à justiça provoca um imensurável prejuízo aos cidadãos ou jurisdicionados.

De acrescentar-se, Danielle Annoni deduz que “a maior ameaça aos direitos do homem reside, essencialmente, na incapacidade do Estado em assegurar sua efetiva realização”⁸⁰.

Importante lembrar que no que tange ao direito de ação não se deve fazer uma interpretação *strictu sensu*, assemelhando-se ao “direito de petição”, ou seja, como o direito de acionar os poderes públicos com o objetivo de defender seus direitos, combater o abuso de poder ou a ilegalidade, contudo, deve sim, interpretá-lo num contexto de tempestividade, como um direito a uma tutela efetiva.

Ademais sobre o tema, Lair da Silva Loureiro Filho, referindo-se ao art. 5º, inciso XXXV, em discepção, afirma que “a atividade jurisdicional morosa, ineficiente e absolutamente inadequada representa manifesta afronta a tal preceito”⁸¹.

⁷⁸ ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*, 3ªed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.192.

⁷⁹ NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 27.

⁸⁰ *Ibid.*, p.114.

É de extrema importância a questão da tempestividade da prestação jurisdicional, vez que, inclusive salienta Rui Barbosa na Oração aos Moços, “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁸².

Neste particular, Danielle Annoni adverte:

[...] cumpre ao ordenamento jurídico atender, de forma mais completa e eficiente, ao pedido daquele que exercer o seu direito a jurisdição, ou à mais ampla defesa. Para tanto é preciso que o processo disponha de mecanismos aptos a realizar a devida prestação jurisdicional, qual seja, de assegurar ao jurisdicionado seu direito real, efetivo, e no menor tempo possível, entendendo-se esse possível dentro de um lapso temporal razoável. Além da efetividade é imperioso que a decisão seja também tempestiva⁸³.

Isto posto, realçado está a importância e a necessidade do acesso à justiça como direito constitucional fundamental do cidadão.

Samuel Miranda Arruda⁸⁴ encerra classificando o acesso à justiça como direito fundamental de natureza prestacional ou positiva. Dessarte, o acesso se manifesta como o direito à prestação já que para sua concretização faz-se mister o Estado se manifestar com comportamento positivo, ou seja, com condutas comissivas.

Para reforçar, o citado autor afirma que a essência do direito ao acesso à justiça, que inclui também o direito à razoável duração do processo, está justamente em exigir do Estado que sejam oferecidos os meios necessários a sua plena efetivação.

2.1.3 Principais Entraves com o Efetivo Acesso à Justiça

De acordo com explicitações em tópicos anteriores, o acesso à justiça não significa mera admissão ao processo judicial ou a simples possibilidade de ingressar em juízo, é necessário que haja o efetivo acesso à prestação jurisdicional.

⁸¹ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: RT, 2005, p.85.

⁸² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.calendario.cnt.br/ruibarbosa.htm>>. Acesso em: 20/03/2010.

⁸³ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p.115.

⁸⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p.311.

Para tanto, mister se faz eliminar as dificuldades que impedem ou dificultam as partes de demandar ou oferecer uma defesa adequada, ou que desanimam os litigantes quando estes têm que estar em juízo, em defesa de seus direitos.

O acesso à justiça, direito fundamental do cidadão explicitado na Carta Magna, possui ainda muitos óbices que dificultam sua efetivação.

É com muita alegria e perseverança que, concretamente, se observa a luta dos estudiosos processualistas para buscarem combater todos os fatores que, realmente, decepcionam os que usufruem da atividade jurisdicional.

Algumas modificações já foram feitas no sentido de minorá-los como a criação dos Juizados Especiais e as recentes reformas no Código de Processo Civil. Apesar de tudo, a luta não está perto de ser vencida, pois muito ainda são os entraves que se contrapõem à efetividade jurisdicional.

Sob tal panorama, Danielle Annoni⁸⁵ identifica que os mecanismos provenientes do aparato estatal da administração da Justiça, previstos hodiernamente para garantir os direitos dos cidadãos e resolver os conflitos, assinalam uma série de problemas de acesso à justiça, principalmente para os setores que possuem escassos recursos econômicos que, como é sabido, constituem grande parcela da população. Todavia, para a mesma autora, estes problemas de acesso não estão limitados à dimensão econômica vez que também abarcam aspectos mais complexos como a dominação étnico-cultural e a marginalização.

Várias são as dificuldades relacionadas com o efetivo acesso à justiça. Elencar-se-á alguns desses fatores, sem o intuito de esgotar a matéria, como o custo muito alto; desigualdade sócio-econômica; a longa duração do processo; a excessividade dos ritos processuais; a demora das decisões, que chega muitas vezes a comprometer a efetividade do processo e a morosidade na prestação da tutela jurisdicional; a falta de informação das pessoas a cerca dos seus próprios direitos que culmina com a própria descrença na Justiça.

2.1.3.1 Custas e Despesas Processuais

⁸⁵ ANNONI, Danielle. *Op cit.*, p. 115.

Fator de grande relevância, que impede o efetivo acesso à justiça é o custo muito alto do processo. O primeiro grande problema, que se aponta como entrave ao efetivo acesso à justiça, é essa carência de recursos econômicos por grande parte da população para enfrentar os gastos que implicam uma demanda judicial, especialmente para as camadas desfavorecidas, ditas de baixa renda, que se sentem impedidas de litigar devido ao custo do processo, que atinge valores insuportáveis, em flagrante desproporção com o valor da causa.

Expõe Boaventura de Sousa Santos⁸⁶ que a Justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas, é ainda proporcionalmente mais cara para os cidadãos que possuem escassos recursos econômicos.

As custas judiciais ou o elevado custo depreendido para obter uma resposta do Estado-juiz que conduz à solução de um conflito é, então, um entrave do acesso à justiça.

Neste norte, Danielle Annoni comenta:

Existe consenso entre os cientistas sociais de que os crescentes custos da atividade jurisdicional constituem o maior obstáculo para a efetividade dos direitos compreendidos no direito de acesso à justiça. Custos que não se limitam às despesas processuais e com advogados, mas também os custos com a espera da decisão final, que implica, muitas vezes, uma demanda sem vencedores⁸⁷.

Dentre outros fatores que contribuem para o afastamento do acesso à justiça, destacamos os altos custos de determinadas provas como, por exemplo, a prova pericial.

O custo do processo é agravado, ainda, nos sistemas que impõem ao vencido os ônus da sucumbência.

Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer- o que é fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo - ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos.⁸⁸

Litigar judicialmente é muito caro, principalmente no Estado da Paraíba, onde tem-se uma das maiores taxas de custas judiciais do país, muitas vezes, a parte não

⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p.38.

⁸⁷ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p.120.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p.17.

tem condições financeiras de pagar essas custas antecipadas para lutar por algum direito seu, pois além dessa despesa, tem os honorários advocatícios e o ônus da sucumbência.

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra e Outros, em sua obra *Teoria Geral do Processo*: “A Justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos”⁸⁹, isto é, às vezes, não compensa litigar por alguma coisa, pois o custo com todo o litígio não compensa com o que se pretende alcançar.

As causas de pequeno valor são as mais prejudicadas pelos altos custos, quando no litígio tiver de ser observado o procedimento ordinário, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou podem consumir todo o valor do pedido a ponto de tornar a demanda sem sentido. Pois, o valor eventualmente ganho com a procedência da ação não é compensatório diante das despesas processuais e da morosidade na resolução do litígio.

Dessarte, preceituam ainda Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade⁹⁰.

Convém consignar, que somente as pessoas que possuem melhores condições financeiras têm mais facilidade em propor uma ação ou defender-se dela, bem como consegue suportar a demora para a efetiva prestação jurisdicional.

2.1.3.2 Diferenças sociais e Falta de Informação

No Brasil, grande parte da população não conhece os seus direitos e nem os meios oferecidos pelo Estado para a tutela e o exercício efetivo dos direitos fundamentais, como o acesso à justiça, tendo em vista, em grande parte, a existência das desigualdades econômicas, social e cultural que assolam o país. “Tal dificuldade

⁸⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23° ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p.135.

⁹⁰ CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p.19.

poderia ser contornada se os mais humildes tivessem acesso à orientação e à informação jurídicas.”⁹¹

As pessoas de baixa renda sentem-se intimidados diante de determinadas formas de manifestação de poder, temendo, de certa forma, os advogados e os membros do Ministério Público e da Magistratura, fator esse que também influi negativamente na questão do acesso à justiça.

Ao dispor sobre o assunto, Alexandre César entende que:

[...] quanto menor o poder aquisitivo do cidadão menor o seu conhecimento acerca de seus direitos e menor a sua capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial. Além disso, é menos provável que ele conheça um advogado ou saiba como encontrar um serviço de assistência judiciária. São barreiras pessoais que necessitam ser superadas para garantir a acessibilidade à justiça⁹².

Acrescenta Mauro Cappelletti e Bryant Garth que “essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos”⁹³. Aduzem, ainda, os citados autores que outro fator importante “é a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais”⁹⁴ vez que os cidadãos, no ambiente forense, além de não confiar nos advogados e na própria justiça, se sentem atemorizados.

Dispõe Danielle Annoni que:

É bem verdade que os muitos aspectos da inacessibilidade da justiça originam-se, como todos os problemas sociais, na ausência total de uma educação para a cidadania. O não-conhecimento de seus direitos é uma das causas da inacessibilidade social, juntamente com falta de informação sobre a efetivação primeira desse direito de petição, que passa pela assistência judiciária gratuita, constituição de advogado dativo, isenção de custas e despesas processuais outras, a exemplo do traslado de testemunhas, perícia, emissão de certidões, dentre outras⁹⁵.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 65.

⁹² CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: UFMT, 2002, p.97.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p.22-23.

⁹⁴ *Idem.*, *Ibidem*.

⁹⁵ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 119.

O cidadão, em uma sociedade verdadeiramente democrática, deve conhecer os seus direitos, podendo exercê-lo, independentemente de entraves de ordem econômica.

Emerge o seguinte ensinamento:

O acesso à justiça, pois, num enfoque mais amplo, representa exercício da liberdade de expressão, passando o processo a constituir verdadeira via de participação democrática, que obtém realce nos casos de legitimação para a ação popular e para a tutela dos direitos transindividuais.⁹⁶

Dessume-se afinal, que diante de diversos fatores sociais como a falta de recursos financeiros, desconhecimento de seus direitos e da falta de educação e informação sobre o direito de ação ocasiona a denominada inacessibilidade da justiça. Então, para que o direito ao acesso à justiça seja realmente efetivado faz-se necessário, portanto, não só a conscientização dos cidadãos acerca dos seus direitos e deveres, mas também de como efetivá-los através de um aprimoramento no sistema educacional brasileiro, com vistas que a desinformação seja erradicada.

2.1.3.3 Duração do processo

Igualmente significativo para o estudo de acesso à justiça é o que se refere a longa duração do processo.

Com esteio no instrumento acima citado, Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti leciona:

O processo, como sua própria origem etimológica permite perceber (*pro cedere* = seguir adiante), não é um método instantâneo de solução de conflitos. Pelo contrário, é um método que envolve a prática de um conjunto de atos sucessivos, não só pelo Estado-juiz, mas também pelas partes. Logo, entre o momento em que alguém pede ao Estado a proteção para um direito que afirma ter e o momento em que essa proteção é efetivamente concedida, transcorre certo lapso temporal. Todo processo, em síntese, tem certo tempo de duração, do qual não pode prescindir. Porém, o que observamos agora, é

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 66.

que este prazo de duração tem sido muitas vezes injusto e inadequado à demanda social⁹⁷.

A demora do Poder Judiciário em oferecer a prestação jurisdicional esperada pelo cidadão acarreta grande descrença na Justiça como meio hábil para a solução dos conflitos humanos. Nesse sentido, Danielle Annoni delinea:

As pessoas que precisam acudir ao Poder Judiciário para resolver algum conflito, duvidam, muito antes de intentar a ação, de que o tempo da tramitação processual, quando findo, irá conceder-lhes uma definição satisfatória. E esses são problemas ainda não atacados, como a descrença, mesmo nos órgãos processuais internacionais, na eficácia da justiça e no órgão judicante ao qual se submete, e ainda pelo custo empreendido pela prolação indevida da demanda judicial⁹⁸.

De bom alvitre, Jorge de Oliveira Vargas concebe a seguinte lição:

A lentidão da justiça é um fator agonizante para os que esperam uma decisão. Estrangula, pois, os canais de acesso à justiça, diminuindo seu valor perante o jurisdicionado, que prefere ter sua litigiosidade contida, quando não a soluciona por seus próprios meios, a ter de recorrer à Justiça e enfrentar sua deficiência e a própria ansiedade⁹⁹.

Sobre esse assunto, comenta Marinoni: 100

o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento da sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Entretanto, o cidadão tem direito a uma resposta dentro de um prazo razoável.

Só assim o Estado estará verdadeiramente cumprindo sua missão na prestação da tutela jurisdicional.

Vários fatores corroboram para que o processo se desenvolva por vários e vários anos, como, por exemplo, a sobrecarga de processos; a ausência de informatização; carência de servidores; a infindável gama de recursos, em especial os

⁹⁷DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à emenda constitucional 45/2004: os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 29.

⁹⁸ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 119.

⁹⁹VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.59.

¹⁰⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36.

agravos, procrastinando demasiadamente a resolução da lide; questões ligadas às exigências de formalidades excessivas; à forma de produção das provas, dentre outros.

No olhar de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁰¹ os efeitos da demora processual, se considerados os índices de inflação, especialmente, podem ser devastadores vez que ela majora os custos para as partes e pressiona os cidadãos economicamente mais fracos a desistir de suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito se possuíssem condições de prosseguir com a demanda.

Calha suscitar também, que a demora pode provocar o perecimento do bem ou do objeto da lide gerando maiores danos aos jurisdicionados que buscaram a Justiça para solucionar seus conflitos. Além do mais, aumenta as despesas processuais causando prejuízo não só para as partes, principalmente para as pessoas menos favorecidas considerando o fator econômico, como também gera grandes despesas para o próprio Estado.

Na tentativa de superação dos obstáculos, deve-se tentar resgatar a confiança da população na Justiça, que ocorrerá, à medida que o Estado preste uma tutela efetiva, que satisfaça aos anseios individuais e sociais.

É preciso desburocratizar o processo, aplicando mecanismos disciplinados pelo próprio CPC, como o julgamento antecipado da lide, tutela antecipatória, aplicar o saneamento do processo nos casos previstos no Código para determinar medidas provisórias que julgar adequadas, oriundas do seu poder geral de cautela, minimizando o formalismo.

Seguramente, a representação dos interesses coletivos e difusos, com a criação da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos, e, a ampliação da legitimidade *ad causam* trazida pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código de Defesa do Consumidor para a defesa de interesses e direitos supra-individuais, muito contribuíram para amenizar os problemas do acesso à justiça.

Após abordar alguns aspectos obstativos do efetivo acesso à justiça, tentar-se-á sugerir algumas soluções para a tentativa de superação desses obstáculos. Pode-se destacar, dentre elas: as vias de conciliação, a arbitragem, os juizados especiais; a incrementação da assistência judiciária gratuita para os pobres; a ampliação da

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p.24.

legitimidade para agir; a simplificação dos atos de comunicação; otimização dos instrumentos da informática; a simplificação da técnica procedimental e especialização; dotar o judiciário de meios materiais e humanos, capazes de satisfazer as demandas judiciais; desburocratizar o processo e aplicar as novas formas de tutela; combater toda forma de corrupção; a informação e a orientação acerca dos direitos; trazer a justiça para perto dos jurisdicionados.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em seu livro *Acesso à Justiça*, sugerem três soluções básicas: a primeira é a assistência judiciária gratuita; a segunda refere-se as reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e a terceira trata do enfoque de acesso à justiça, porque inclui os posicionamentos anteriores e vai mais além, numa tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Na tentativa de outros mecanismos de desobstacularização da demora do processo, já foram realizadas e ainda vêm sendo sugerida novas reformas, muito embora, haja uma faceta econômica por trás dessas reformas no processo brasileiro.

2.2 O Documento 319 Do Banco Mundial

O pensamento marxista já vinculava as duas faces de uma mesma realidade: o direito e a economia, subordinando àquele a essa última faceta, a economia. Pois, o direito seria o mero reflexo da movimentação econômica, enquanto, os economistas preocupavam-se com os fins, não importando os meios, como lembra o florentino Maquiavel. Já para o pensamento weberiano, o direito seria mecanismo para normatização da economia capitalista.

Surge o movimento intelectual, que propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, o denominado Law and Economics ou Análise Econômica do Direito (AED), destacando-se como grandes expoentes desse tema Pacheco¹⁰² e Richard Posner.¹⁰³

¹⁰² PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho- una reconstrucción teórica*. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

¹⁰³ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

O movimento direito e economia identifica-se como herdeiro do realismo jurídico norte-americano, buscando afastar o formalismo jurídico, na tentativa de usar a ciência para enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática.

A Análise Econômica do Direito, portanto, é a utilização de instrumentos com abordagem econômica para se tentar compreender e alcançar o próprio ordenamento jurídico, principalmente com relação a aplicação da norma jurídica e suas consequências.

Os defensores desse movimento, entendem que a comunicação entre a Economia e o Direito pode contribuir tanto para que as normas jurídicas tenham uma boa eficácia, quanto uma melhor aptidão para atingir o resultado e rendimento com o mínimo de erros ou perdas e até alcançar a função prevista da maneira mais produtiva.

Nesse contexto, a prática dos mercados depende do sistema jurídico para garantir o cumprimento dos contratos, ou seja, para dar certeza aos negócios e transações, com vistas a promoção da riqueza. É fato, que a economia requer a garantia do cumprimento dos contratos, a qual se auffer pela ação do Judiciário. Com isso, pode-se depreender que quando as leis não são cumpridas, as pessoas e as empresas fazem menos negócios, pois se intimidam quanto aos eventuais prejuízos financeiros.

Nesse diapasão, calha fazer a consideração acerca do Poder Judiciário topificado como um dos pilares das economias de mercado, pois, na medida em que o direito funciona mal, a economia também tende a ir mal. Nesse tom, um dos mais importantes fatores para um ínfimo crescimento da economia brasileira, sem dúvida assinala a insegurança jurídica.

Sob tal panorama, soa como confesso que os operadores do Direito ainda não concentram um grau de confiança, antes sustentam certas restrições nas tentativas de associar a análise do sistema jurídico com o raciocínio econômico. Todavia, nessa visão, importante perceber que para o aperfeiçoamento na formulação das normas jurídicas, a contribuição da Economia pode ser de veras salutar, levando em conta que a base para a decisão do magistrado deve ser a relação custo-benefício, conforme vaticina o citado movimento direito e economia.

Para reforçar a temática aqui já expandida, é elucidativa a digressão sobre a idéia de que o desenvolvimento econômico mundial, se imiscui, direta ou indiretamente na formação do Estado brasileiro.

O Poder Judiciário, como um dos Poderes constituídos e integrantes da organização estatal, define-se conforme a estrutura da ordem predominante no momento de sua criação, bem como sofre as transformações implantadas pelo momento histórico vigente, e além do mais, recebe as influências do modelo econômico adotado pelo Estado.

Salienta Carlos Alberto Sandenberg¹⁰⁴, que o modelo econômico capitalista ou o capitalismo é o regime de livre mercado, o que supõe a liberdade individual de empreender, de tocar seu negócio e enriquecer.

Força convir que compete a cada Nação, assimilar as regras de mercado com parcimônia e em consonância com as necessidades do seu povo, pois é cediço que o capital, ponto nodal da questão, é apátrida e não se preocupa com os outros sistemas que orbitam dentro da sociedade.

É incontestado que, os efeitos da adoção do modelo econômico capitalista pelo Brasil e das regras impostas por este, traziam transformações na sociedade brasileira que cada vez mais complexa, ampliava os seus litígios.

Com isso, percebe-se de imediato a influência da onda renovatória mundial promovida pelo capitalismo americano, que insiste em orientar reformas do Poder Judiciário, com o objetivo de semear o terreno para a expansão do capital.

A edição da Emenda Constitucional número 45 editada em dezembro de 2004, demonstra que as recomendações oriundas da pesquisa registrada no documento técnico 319 do Banco Mundial foi quase que integralmente cumpridas. Isto posto, devido a política econômica ministrada pelo Poder Executivo, que amarram o Poder Legislativo do país a obedecer aos ditames do mercado internacional americano e consequentemente a traçar mudanças na Constituição Federal do Brasil.

O Banco Mundial, por sua vez, é um organismo internacional concebido em 1944, na conferência de Bretton Woods, com o fim precípua de auxiliar na reconstrução da Europa após a II Guerra Mundial e atualmente tem a meta de reduzir a pobreza dos países em desenvolvimento. Foi criado juntamente com o Fundo Monetário Internacional (FMI), que a princípio regulava as taxas de câmbio mundiais, e hoje tem por escopo a concessão de empréstimos, o estabelecimento de parcerias com a iniciativa

¹⁰⁴ SANDENBERG, Carlos Alberto. *Neoliberal, não: Liberal, para entender o Brasil de hoje e de amanhã*. São Paulo: Globo, 2008, p.73

privada e a assessoria técnica aos governos e empresas, com a elaboração de planos de austeridade¹⁰⁵.

A partir de 1947 o Banco Mundial passou a ser organismo especializado da Organização das Nações Unidas (ONU), mediante acordo entre o Conselho de Governadores do Banco Mundial e a Assembléia Geral da ONU¹⁰⁶.

Essa configuração confere ao Banco Mundial um destacado papel na governança mundial que, com base em estudos empíricos, emite recomendações normativas na ordem internacional e impõe, sem força coercitiva explícita, mas mediante mecanismos de recompensas e punições, o padrão hegemônico de funcionamento da economia e das instituições. Estas, analisadas sempre sob a ótica de funcionamento do mercado. Mas é o Estado, na governança local, que vai conferir eficácia ao padrão financeiro e ao modelo institucional no âmbito interno¹⁰⁷.

O Documento Técnico Número 319 produzido pelo Banco Mundial, que tem o título "O setor judiciário na América Latina e no Caribe - elementos para reforma", é um estudo acerca do setor judiciário na América Latina e no Caribe, produzido nos EUA, cuja primeira edição já data de meados de 1996, elaborado por Maria Dakolias, especialista no setor judiciário da divisão do setor privado e público de modernização, o qual possui o escopo de proceder a um levantamento de elementos para a reforma judiciária.

O retrocitado documento técnico destacou uma crise institucional do Poder Judiciário, como um dos poderes estruturais do Estado. Ademais, observa que o Judiciário dos países latino-americano e do Caribe convive com a morosidade nas conclusões dos processos judiciais, provocado pelo excesso e acúmulo destes, além da ausência de transparência e previsibilidade das decisões o que provoca uma menor credibilidade no sistema, bem como promove um acesso limitado aos cidadãos, ineficiência dos ensinos jurídicos e inadequação dos programas de estágios, normas jurídicas ultrapassadas, a não adoção de medidas alternativas de solução de conflitos, incapacidade administrativa das autoridades, que não conseguem coordenar o bom andamento processual, o quadro reduzido de magistrados, que por outro lado não são aprimorados em sua formação, serventuários desestimulados, orçamentos públicos sem

¹⁰⁵ Poder Judiciário Latino-Americano e Banco Mundial. ASSOJAF-PR. Rua Anita Garibaldi, 888, 7 ° andar (CEMAN), Ahú . Curitiba - PR - CEP 80540-180. 25/09/2007. Acessado em 20.02.2010 às 18:00.

No endereço eletrônico: http://www.assojafpr.org.br/noticias_print.asp?id_noticias=68

¹⁰⁶ *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁷ *Idem, Ibidem.*

transparência, inexistência de um disciplinamento para aplicação de penalidades por condutas anti-éticas, entre outros fatores.

E por conseguinte, o mesmo documento que inicialmente menciona os problemas, apresenta pontos de estrangulamento da máquina judiciária. Assim, valores necessários para a superação dessa crise, aponta-se: adoção de meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e arbitragem; credibilidade, a partir do combate à corrupção; eficiência; transparência; independência; previsibilidade; proteção à propriedade privada; respeito aos cumprimentos dos contratos celebrados, dada pela contribuição das decisões judiciais nesse sentido; propiciar o desenvolvimento econômico e do setor privado, e valorizar o capital, sobretudo o capital internacional, fragilizando a expressão institucional do Poder Judiciário nas garantias de direitos e liberdades.

Registra-se, no comentado trabalho produzido pelo Banco Mundial, e como resultado da pesquisa realizada por Maria Dakolias em 1996, a necessidade de reformas do Poder Judiciário visando obter soluções transparentes para os conflitos, com igualdade de tratamento para os cidadãos, agentes econômicos e para Estado, a fim de preparar um ambiente propício para o comércio, financiamentos e investimentos¹⁰⁸.

Assim, as reformas experimentadas são justificadas e promovidas, na sua grande maioria, para atender a interesses financeiros do capital estrangeiro, não obstante tanto para os órgãos integrantes do Poder Judiciário, quanto para a própria população beneficiária dos serviços judiciais, não seja demonstrada de forma transparente e clara.

Como se pode notar, as reformas experimentadas pelo Poder Judiciário Brasileiro, promovidas por Leis Ordinárias e pela Emenda Constitucional 45/2004, provocaram uma reflexão sobre o propósito econômico que se encontra submerso. E,

¹⁰⁸ Boaventura de Souza Santos, sociólogo português, em artigo publicado na imprensa brasileira, após identificar o crescente interesse das agências econômicas internacionais pelos sistemas judiciários de diversos países, financiando, com vultosas quantias, reformas de tais sistemas, afirmava que tal fenômeno “é impulsionado por uma pressão globalizante muito intensa que, embora no melhor dos casos se procure articular com as aspirações populares e exigências políticas nacionais, o faz apenas para atingir os seus objetivos globais. E esses objetivos globais são muito simplesmente a criação de um sistema jurídico e judicial adequado à nova economia mundial de raiz neoliberal, um quadro legal e judicial que favoreça o comércio, o investimento e o sistema financeiro. **Não se trata, pois, de fortalecer a democracia, mas sim de fortalecer o mercado**”. *Apud* MACIEL, Cláudio Baldino. *O Juiz Independente no Estado Democrático*. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/w3/fsmrn/biblioteca/28_claudio_maciel.html>, acessado em 05/04/2008.

pode-se extrair que a dita Emenda Constitucional 45/2004 foi objeto de recomendação de instituição econômica e acatada nitidamente.

Contudo, é importante comentar que o Brasil vive uma realidade diferente e mesmo assim, o que é mais catastrófico, necessita atender às necessidades econômicas, já existentes em outras soberanias, dos ditadores das regras implementadas no projeto de reforma do Poder Judiciário, sem que se faça a devida adaptação para a realidade do país. É de frisar-se que o Poder Judiciário, desse Estado soberano, reclama sim por uma reforma para se tornar mais democrático, mais rápido e eficiente ao seu contexto.

Então, o documento do Banco Mundial procura moldar o Judiciário brasileiro aos interesses do capital internacional, mas o Judiciário não produz e não deve produzir desenvolvimento econômico, e sim justiça¹⁰⁹

O magistrado do Rio Grande do Sul, Cláudio Baldino Maciel, faz fortes críticas ao referido documento, quando pontua que os elementos da reforma do Judiciário e algumas prioridades preliminares precisam ser formuladas, mas por quem? E aí, o autor reflete concluindo que, nem seus juízes e nem seus operadores do direito participam da formulação de tais propostas, mas sim o Banco Mundial.¹¹⁰

MACIEL¹¹¹, propugna em seu brilhante artigo “O Juiz Independente no Estado Democrático”, que com efeito, esse documento significa um

processo em pleno desenvolvimento, tendente a esmaecer, tanto quanto for possível, a independência dos juízes na América Latina e no Caribe, que só se constitui em independência porque está fundada na possibilidade de dizer-se o direito com base unicamente no sistema legal e na consciência dos julgadores. Não, por certo, nos interesses parcializados de um setor da sociedade internacional que, preocupado com a maior possibilidade de lucro em uma sociedade crescentemente globalizada (do ponto de vista econômico), por certo não tem qualquer compromisso com a melhoria das condições de vida e, para tanto, com a equânime distribuição de justiça para os nossos povos. Isto porque a globalização não visa a distribuir mais dignidade, mais direitos, mais justiça. Consiste ela em fenômeno puramente

¹⁰⁹ MACIEL, Cláudio Baldino. A reforma do poder judiciário e a influência do Banco Mundial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, São Paulo, n. 11, 2000, p. 66-76. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev11Art6.pdf>. Palestra apresentada na Reunião do Grupo Ibero-americano da União Internacional de Magistrados, em 25 de fevereiro de 2000, na Costa Rica. Cláudio Baldino Maciel é juiz do Rio Grande do Sul e vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), onde coordena a Comissão de Estudos Constitucionais e Reforma do Judiciário.

¹¹⁰ O jornal *Tribuna da Imprensa* noticiou, no Brasil, em 6 de agosto de 1998: “O vice-presidente do Banco Mundial para a América Latina e o Caribe, Shahid Javed Burki recomendou, ontem, ao governo brasileiro que faça a reforma do Judiciário e o fortalecimento das instituições responsáveis pela regulação dos mercados transferidos ao setor privado, depois da privatização.”

¹¹¹ MACIEL, Cláudio Baldino. *O Juiz Independente no Estado Democrático*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/w3/fsmrn/biblioteca/28_claudio_maciel.html>, acessado em 05/04/2010.

econômico. As suas regras derivam da busca do lucro. Não existe outro interesse preponderante em tal processo.

Diante de todas essas considerações, deve-se ter em lembrança de destacada pontuação, que o Princípio do desenvolvimento nacional está estampado no art. 3º, inciso II, da Carta Magna Brasileira de 1988¹¹². A Constituição Federal é, portanto, uma Constituição desenvolvimentista.

Contudo, conforme o entendimento de ARRUDA:¹¹³

desenvolvimento a qualquer preço, mesmo que seja preciso corromper o sentido e significado histórico das cláusulas pétreas da Constituição, é uma atitude covarde porque desmonta o Estado social, reconduzindo ao assalariado, desta vez, o funcionário público, para o lugar de mero sujeito de deveres frente ao Estado, como assim era tratado antes de 1988.

No entanto, o Brasil com estas medidas deixa de ser um Estado Social Democrático de Direito, erigido pelo Constituinte de 1988, e se torna um Estado Liberal Mínimo, no qual o mercado seria o responsável por regular os fatos sociais, enquanto a solução das questões seria dada pelo desenvolvimento econômico, e então para otimizá-lo, entende os que pugnam pelas recomendações desse documento técnico que, é preciso controlar ao máximo o Judiciário, órgão estatal defensor dos direitos, liberdades e interesses individuais e coletivos, eis que é considerado como um obstáculo para a expansão do mercado especulativo e da livre mobilidade do capital, ou melhor, é um empecilho para os lucros, sob a égide da *Lex Mercatoria*.

Desenvolvimento, nos termos de TAVARES, passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, apenas fará sentido para poucos.¹¹⁴

A concretização dos objetivos e metas constitucionais exige postura ativa do Estado, por isto destacam-se as medidas de intervenção na ordem econômica, com vistas a um adequado desenvolvimento, mas sem suprimir o ponto nodal da Lei Maior do país, a proteção da dignidade da pessoa humana.

¹¹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹³ ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. *Não há alternativa?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalle&art_id=38>, acessado em 05/04/2010.

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 65.

Ante todo o exposto, percebe-se que o resultado do processo de globalização e do capitalismo neoliberal não visa distribuir mais dignidade, direitos ou justiça por se tratar de um fenômeno meramente econômico.

2.3 As Reformas Processuais

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, ao longo de sua existência foi atingido por diversas alterações, tendo em vista, que o Direito está em constante modificação para atender as expectativas sociais; logo, um novo tempo demanda outro Direito.

O legislador pátrio torna o diploma processual civil sujeito à repetidas inovações, mais uma vez, sob a influência da forte necessidade de os brasileiros receberem uma prestação jurisdicional célere, qualitativa e efetiva, preceito este, inclusive, normatizado em recente alteração constitucional, através da EC 45/2004.

A viabilização do princípio da duração razoável do processo com os conseqüentes fatores da segurança jurídica, simplificação das formas processuais, assim como a celeridade na tramitação dos processos são, na verdade, um desafio constante a ser enfrentado pelos elaboradores dos preceitos legais, tendo em vista o clamor da sociedade, que tem pressa em ver seu direito invocado reconhecido e efetivamente realizado.

Por essa razão, recentemente, cinco novas leis introduziram importantes alterações no ordenamento formal pátrio, todas justificadas pela constante busca de imprimir maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos subjetivos violados ou ameaçados e maior celeridade ao desfecho das causas em juízo. São as Leis n^os 11.187 e 11.232, respectivamente, de outubro e dezembro de 2005, e as Leis n^os 11.276, 11.277 e 11.280, de fevereiro de 2006.¹¹⁵

Dentre as principais medidas de grande relevância, reverberada nos citados textos legais destacam-se: a nova roupagem do agravo de instrumento, o reforço da executividade das obrigações de fazer e não fazer, a aceleração na tramitação do sistema

¹¹⁵ SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil: leis 11.187 de 19.10.2005; 11.232 de 22.12.2005; 11.276 e 11.277 de 7.2.2006 e 11.280 de 16.2.2006*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 21.

recursal nos tribunais ao positivizar a aplicação da súmula impeditiva, a possibilidade de a sentença de mérito reconhecer improcedente o pedido com dispensa de citação quando a matéria em discussão tratar exclusivamente de direito e o juiz já houver decidido dessa forma em casos idênticos, a racionalização nas disposições de competência, entre outras inovações¹¹⁶.

Não se pode deixar de citar, ainda, a Lei n° 11.382, de 6 de dezembro de 2006, cujo texto legal trouxe nova redação aos dispositivos que tratam da execução fundada em título extrajudicial, imprimindo alterações de relevo, de forma a repercutir no âmbito da execução fiscal¹¹⁷.

A propósito, registra-se que a repulsa ao modelo tradicional de execução da sentença fez com que o reformador legislativo desse largos passos, com o intuito de eliminar essa anomalia processual, que teve como marcha inicial a Lei n° 8.952/94, a qual preparou terreno para que a Lei 11.232/05 viesse a consumir a unificação de um sistema processual, em que se torna desnecessária a instauração de ação autônoma para que o demandante veja o seu direito, reconhecido na sentença, ser efetivamente realizado¹¹⁸.

Dessa forma, diante da fisionomia atual do Código de Processo Civil, resultante da onda reformatória pautada em justificativas com argumentos relacionados à efetividade e à celeridade do processo, a execução da sentença se dá em razão de uma única ação e no interior de um único e mesmo processo.

O legislador, comprometido com a realidade política e social, tem, pois, buscado implementar um processo de resultados, consistente em oferecer ao jurisdicionado a plena proteção do direito material violado ou ameaçado, mediante técnicas processuais que viabilizem a integral obtenção da coisa ou da situação postulada. Reside aí a finalidade institucional do processo, vinculada aos grandes valores e interesses que à ordem jurídica compete preservar e realizar, entre eles a reiterada efetividade processual.¹¹⁹

A Emenda Constitucional n.45, de 8 de dezembro de 2004 (publicada aos 31 do mesmo mês), conhecida como Reforma do Poder Judiciário e portadora de

¹¹⁶ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As mudanças no processo de execução e seus reflexos na execução fiscal. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (coordenadores). *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. 1° ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p. 266.

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 120.

¹¹⁹ *Idem, Ibidem.*

excessivas alterações no sistema judiciário e processual do país, tem conteúdo amplo, pois ela ao mesmo tempo (a) estabelece regras sobre a estrutura e funcionamento desse Poder, (b) dispõe sobre princípios e garantias do processo, (c) altera os recursos extraordinário e especial, bem como a competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e (d) ditas regras operacionais de direito processual, entre as quais algumas puramente técnicas, que melhor estariam na legislação infraconstitucional, porque não merecem a dignidade constitucional.

Pelo aspecto da tutela constitucional do processo, a Emenda de 2004 promete “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art.5º, inc.LXXVIII), reeditando disposição já contida no Pacto de São José da Costa Rica (art.8º, n.1). Essa reforma do Judiciário, movida pela EC 45/04, como já estudado foi fruto das recomendações do Documento 319 do Banco Mundial.

Importante perceber que, o maior problema hoje é fazer com que se torne realidade a promessa constitucional de que os processos terão uma duração razoável. É vencer esse desafio, porque o processo tem que dar uma resposta judicial no prazo razoável. Não obstante, todas as declarações fundamentais de direitos humanos garantem que todo homem faz jus a um processo justo em que a decisão seja proferida em prazo razoável, como será em capítulo próprio adiante.

Ademais, o projeto de lei do novo Código de Processo Civil (CPC), também fruto do documento 319 do Banco Mundial, da EC 45/04 e conseqüentemente do princípio da duração razoável do processo, está tramitando com o fito de alcançar esse desafio, e então, conciliar a celeridade com a qualidade e garantias constitucionais, como ideais que fazem parte dos princípios norteadores desse projeto de novo CPC, pois os reclames da população continua a ser a morosidade da Justiça.

São várias as propostas para alteração do novo CPC, firmando, basicamente, nos principais obstáculos a serem vencidos: litigiosidade desenfreada; excesso de formalidades, solenidades e liturgias processuais, ou melhor, os processos cumprem muitas etapas até uma resposta final; volume excessivo e repetitivos de demandas e de recursos, além dos recursos procrastinatórios; pouca quantidade de juízes e servidores; o longo tempo para o pagamento dos precatórios, lembrando que um dos grandes demandantes da Justiça é o Poder Público; entre outras tantos fatores.

Por conseguinte, Luiz Fux, ministro do STJ e foi o presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para elaborar o anteprojeto de lei do novo Código de Processo Civil (CPC), o qual se transformou em projeto de lei para o novo

CPC, para a redução do volume de demandas, ele sugere o mecanismo chamado 'incidente de coletivização', por meio do qual o julgamento de um único processo serviria como base para todas as causas semelhantes.

Pois, a aplicação de soluções iguais para causas iguais é uma forma de colocar em prática o princípio da isonomia. Há também, nesse mesmo projeto a possibilidade de se fortalecer, ainda mais, a jurisprudência dos tribunais superiores através de instrumentos como a repercussão geral, os recursos repetitivos e as súmulas vinculantes.

Em relação ao excesso de recursos, o ministro citou a previsão de extinção ou limitação de alguns instrumentos legais, como os embargos infringentes e a remessa necessária.

O dito projeto do novo CPC atribui um capítulo próprio para os princípios e garantias fundamentais do processo civil, fruto do neoconstitucionalismo, prevendo já no seu artigo primeiro o seguinte: “Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

E dando continuidade na observância do princípio constitucional da razoável duração do processo, esse projeto prevê expressamente em seus artigos 4º (“As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”) e artigo 8º (“As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios”).

Anote-se outrossim que, nesse projeto do novo CPC, a tutela de urgência passa a ser disciplinada em Título próprio.

Ademais, ao tratar da Reforma do Poder Judiciário, Lair da Silva Loureiro Filho, defende como possíveis soluções a modernização do ordenamento pátrio, a completa informatização da atividade judiciária como um sistema de informática único para todos os níveis utilizando o sistema de código de barras, entre outras além da reformulação das competências e estruturas dos Tribunais Superiores. Preceitua que “há que se ressaltar a necessidade do debate sobre um novo modelo de Sistema de Justiça,

como meio de se resgatar, perante a sociedade civil, o respeito pelas instituições democráticas.”¹²⁰

A mesma autora opina com muita propriedade:

A solução para garantir o efetivo acesso de todos a uma atividade judiciária adequada e eficiente passa pelo bom equacionamento do binômio segurança/celeridade. A justiça deve ser rápida, evitando a demora excessiva na prestação jurisdicional, que leva a sua ineficácia, devendo, contudo, observar os institutos mantenedores da segurança das relações jurídicas (a observância do *due processo of law*, o devido processo legal, o respeito ao contraditório e a ampla defesa)¹²¹.

Não se pode olvidar também que nada adianta julgar grande número de processos sem prezar pela qualidade da prestação jurisdicional oferecida.

Segundo Boaventura de Sousa Santos “deve-se ter em mente que, nalguns casos, uma justiça rápida pode ser uma má justiça”¹²². Dispõe também que, “com a revolução democrática da justiça a luta não será apenas pela celeridade (quantidade da justiça), mas também pela responsabilidade social (qualidade da justiça)”¹²³.

No mesmo sentido, Miguel Reale Júnior preceitua que “não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação da justiça”¹²⁴.

Adverte também Paulo Hoffman que “tanto é inaceitável um processo extremamente demorado como aquele injustificadamente rápido e precipitado, no qual não há tempo hábil para produção de provas e alegações das partes, com total cerceamento de defesa”¹²⁵.

Com o intuito de criar mecanismos processuais que acelerem a prestação jurisdicional e descongestionar o Poder Judiciário dando efetividade ao direito fundamental ao acesso à justiça e ao princípio da razoável duração do processo e dos meios que garantem a celeridade de sua tramitação, várias reformas já foram feitas nos últimos anos. Dentre elas destacam-se a EC n° 45/2004 e as reformas no Código de

¹²⁰ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: RT, 2005, p.106.

¹²¹ *Ibid.*, p.97.

¹²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p.27.

¹²³ *Ibid.*, p. 44.

¹²⁴ REALE JUNIOR, Miguel (*apud.*, NICOLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008. 2006, p.7).

¹²⁵ HOFFMAN, Paulo. O Princípio da Razoável Duração do Processo. In OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.41.

Processo Civil, além da Lei 11.419/06 que possibilitou a informatização dos processos com o objetivo de modernizar e conferir maior celeridade à justiça brasileira.

O processo eletrônico, que está sendo implantado paulatinamente, incorpora novas tecnologias ao direito processual auxiliando na concretização do direito fundamental à razoável duração do processo e facilitando o acesso à justiça tendo em vista que não basta assegurar ao cidadão o acesso à justiça, é imprescindível que a decisão seja proferida em tempo hábil.

Sem dúvida, a maior causa de reclamações no nosso sistema judiciário é a demora na tomada de decisões por parte dos órgãos julgadores devido ao acúmulo de processos.

Nesse contexto a própria Emenda Constitucional nº45 trouxe outro importante dispositivo, encartado no art. 93, inc. XIII da CF, ao prescrever que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

Terceira Parte

CAPÍTULO 3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PERTINENTES À PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Os direitos do homem surgem, desenvolvem-se e expressam diferentes graus de relevância em determinados momentos da história da humanidade, de acordo com as exigências por novos espaços de proteção e garantia, e são influenciados pelas mudanças sociais, culturais, políticas e econômicas verificadas no decorrer do tempo. Ressalte-se que todo e qualquer direito, para ser alçado ao nível constitucional, como fundamental do homem, percorre um longo e gradual processo de reconhecimento, que se origina nas percepções embrionárias da necessidade de sua existência.¹²⁶

Percebe-se que, hodiernamente, o maior problema referente aos direitos humanos fundamentais, não é tanto o da justificação, mas o de garanti-los no plano material, saindo do âmbito do direito pensado e legislado para a seara do direito efetivamente realizado, acrescenta-se, diz respeito ao papel do Estado como agente garantidor dos direitos fundamentais.

A terceira parte deste trabalho, portanto, ilustrar-se-á o panorama conceitual, característico e a evolução desses direitos fundamentais, além da abordagem neopositivista da natureza normativa dos princípios.

3.1 Direitos Fundamentais: Panorama Conceitual e Característico

Os direitos e garantias fundamentais¹²⁷, genericamente denominados de Direitos Humanos¹²⁸, como se concebe hoje, originaram-se há alguns séculos, visto que,

¹²⁶ TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *Processo Ambiental – uma proposta de razoabilidade na duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2009, p.62-63.

¹²⁷ A expressão “direitos fundamentais” é aplicada com maior preferência, não só porque já incorporada à tradição, como também porque expressa razoavelmente a concepção adotada neste trabalho. Contudo, é grande a incerteza terminológica a respeito da elaboração de um conceito preciso de direitos fundamentais, tendo em vista que tais direitos se encontram em constante evolução. Fala-se em direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem, entre outros.

o que se tem por maioria dos estudiosos é que o nascedouro dos direitos e garantias fundamentais está centrado no século XVIII, mais especificamente nas revoluções burguesas.

Contudo, interessante ressaltar que os avanços e retrocessos que marcaram os primeiros movimentos em busca dos direitos do homem ou direitos humanos, que mais tarde redundaram na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, fomentado pela luta contra o poder absoluto e arbitrário dos reis, foi na Inglaterra.

Vale lembrar que, a Magna Carta *Libertatum* outorgada pelo Rei João Sem Terra, John Lackland, apoiava-se na submissão do soberano às leis da Inglaterra, fato esse em 1215, o qual foi o primeiro fato histórico relacionado à origem da tutela dos direitos e garantias do ser humano, em razão da denominada Revolta dos Barões que impuseram ao rei limitações ao seu poder.

Referida medida exume-se de seu texto, *verbis*:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Em 1628, surge a *Petition of Rights* no intuito de reiterar os direitos outrora consagrados pela Magna Carta de 1215, sobretudo aqueles de ordem tributária. E, para tentar suprimir as ordens de prisão imotivadas e arbitrárias, constitui-se, mais tarde em 1679, a mais elementar garantia dos direitos humanos, o denominado Habeas Corpus Amendment Act.

Por conseguinte, no ano de 1689, aparece contido na primeira declaração de direitos da história da humanidade, a denominada *Bill of Rights*, o impedimento de suspensão de leis vigentes pelo monarca, a vedação de formação de exércitos em tempo de paz, entre outros direitos.

Nesse panorama, não se pode olvidar de mencionar a Declaração de Virgínia, que antecedeu a anúnciação da independência dos Estados Unidos da América datada no mesmo ano de 1776, que culminou na formulação da Constituição daquele

¹²⁸ SARLET, diferencia os direitos fundamentais, portanto, dos denominados “direitos humanos”, que estes possuem caráter supranacional e que consistem em “[...] posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.33).

país, que encerrava, basicamente, os mesmos direitos e garantias aos cidadãos albergados pela Declaração de Virgínia, como o direito à vida, à propriedade, à liberdade, devido processo legal, legalidade, entre outros.

Mas, como dito inicialmente, é na França, ao final do século XVII e início do século XVIII, durante o movimento iluminista, quando predominava o pensamento jusnaturalista, que eclode, em 1789, a Revolução Francesa, um dos principais e mais marcante movimento inspirador da construção dos direitos fundamentais.

Para exaltar a importância do evento, SILVA¹²⁹ pontua a consagração dos direitos. Confira-se:

Dentre as mais importantes normas estabelecidas pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” em prol dos Direitos Humanos, destacam-se a garantia da igualdade, da liberdade, da propriedade, da segurança, da resistência á opressão, da liberdade de associação política, bem como o respeito ao princípio da legalidade, da reserva legal e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência, assim também a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento.

Dando sequência às consagrações dos direitos fundamentais, em razão da eclosão da Revolução Francesa, da influência nos direitos proclamados pela Constituição Francesa e, mais tarde, pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens, pode-se mencionar outros marcos históricos, como o advento da Constituição Belga em 1831, a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição da República de Weimar em 1919, o Tratado de Versalhes em 1919, a Convenção da Liga das Nações em 1920, entre outros.

O quadro político e social vivenciado durante todo o século XVIII funcionou como fato propulsor determinante para a origem das declarações de direitos. O que persistia por todo o continente europeu eram Estados plenipotenciários centralizados em figuras monárquicas de caráter extremamente místico, que repartiam seu poderio com grupos seletos escolhidos entre a nobreza palaciana que levitava no círculo de poder. Toda essa estrutura de poder era sustentada por uma série de teorias arcaicas e desprovidas de conteúdo que insistiam em atribuir um quê de divino ou uma incrível capacidade intelectual que na prática inexistiam.

Assim, o alicerce dos direitos humanos fundamentais foi erguido sob bases sólidas e consistentes em idéias que imprimiam a necessidade de auto-limitação do

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.171.

Poder Estatal e a exaltação de princípios básicos de igualdade e legalidade, sustentáculos de uma sociedade moderna e contemporânea.

Segundo o Professor Alexandre de Moraes¹³⁰:

os direitos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Essas idéias encontram um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Bom referir-se, inicialmente, que os direitos fundamentais posicionam-se na seara do direito positivo, restando hoje superada a idéia de sua fundamentação baseada na concepção jusnaturalista.

Hodiernamente, encontram-se sob a égide necessária de praticamente todas as Constituições, a previsão do respeito à dignidade humana, garantia da limitação do poder governamental e cabal desenvolvimento da personalidade humana.

Sob os auspícios de um Estado Democrático de Direito, torna-se indispensável a consagração desses Direitos Fundamentais do homem, posto que sua própria definição está indissolúvelmente relacionada com a noção de Democracia. É o que se denota da contribuição do mestre Alexandre de Moraes¹³¹:

Direitos humanos fundamentais é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Nessa mesma linha de raciocínio acerca do caráter valorativo, Ingo Wolfgang Sarlet¹³² fornece também brilhante ensinamento:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2.ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 19.

¹³¹ *Ibid.*, p. 39.

¹³² SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.70.

fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Os direitos fundamentais do ser humano é considerado o conteúdo mais importante de uma Constituição, tendo em vista expressarem os valores supremos da ordem constitucional que legitimam o poder transferido pela sociedade ao Estado. Por isso, afirmar a supremacia do texto constitucional, é afirmar também a supremacia dos direitos fundamentais.

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho ¹³³:

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem.

A Declaração de 1789 exprime essa idéia no art. 16: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.

Dessas definições e proposições releva destacar que esses direitos fundamentais do homem referem-se preponderantemente à exaltação da dignidade humana, tendo magnitude universal na maioria das nações, através de suas constituições, direito costumeiro ou até mesmo de Tratados e Convenções Internacionais.

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais estão inseridos positivamente nas constituições desde a primeira Carta Política Nacional outorgada em 1824, segundo o notável professor José Afonso da Silva¹³⁴:

Já observamos, que a primeira constituição a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concepção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a quem se tem dado esta primazia.

Seguindo o processo evolutivo de consagração dos direitos humanos, todas as demais Cartas Magnas Nacionais, gradativamente, têm fornecido declarações de

¹³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.3.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo Malheiros, 2000, p. 174-175.

direitos, além de aprofundar e tornar-se efetiva cada vez. Contudo, a única exceção ao movimento de concessão desses direitos foi a Constituição outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 1937, que nos dizeres do supracitado Professor¹³⁵: “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação com integral desrespeito aos direitos humanos, especialmente os concernentes às relações políticas”

Por conseguinte, a atual constituição de 1988, declarada por todos como a “Carta Cidadã”, consagrou um rol de direitos assegurando a proteção para seus destinatários contra as arbitrariedades que pudessem ser cometidas pelos poderes públicos e até mesmo pela sociedade em geral.

O primeiro dispositivo da Constituição Política de 1988 define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, e elenca os princípios sob os quais ela se fundamenta. Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa fórmula política, reportando na busca da metodologia própria de interpretação constitucional, tarefa essa de primordial importância.

A completude da Declaração de Direitos do referido documento político de 1988 atingiu destaque e serviu até de paradigma, sendo copiada pela maioria dos Estados-membros quando da confecção de suas Constituições Estaduais e também das Leis Orgânicas dos Municípios, no que seja pertinente. Não bastasse isto, as garantias contidas no texto constitucional foram elogiadas por órgãos de renome e importância internacional que defendem os direitos humanos.

Enfim, o princípio preponderante que condensa os direitos fundamentais, garantindo-lhes uma função sistêmica, é a dignidade da pessoa humana¹³⁶, que é a base dos demais direitos por buscar desenvolvê-los e assegurá-los.

A Constituição de 1988 erigiu a dignidade humana, qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, como valor fundamental. Infere-se ainda que, essa mesma dignidade da pessoa humana constitui, concomitantemente, um limite e um dever tanto dos poderes públicos como de toda a sociedade.

Ingo Sarlet¹³⁷ aborda algumas considerações no pertinente à sua conceituação:

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo Malheiros, 2000, p. 174-175.

¹³⁶ CF, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; ...

temos por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A Constituição Brasileira de 1988 cuida dos direitos fundamentais no seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais). Importante esclarecer, no entanto, que os direitos ali esposados não são os únicos direitos fundamentais adotados e reconhecidos no Brasil.

Assim, digna de menção é a distinção existente entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Pela acepção formal, os direitos fundamentais são apenas aqueles designados pelo texto constitucional, ou melhor, apenas aqueles expressamente constantes no Título II da Lei Fundamental, nos seus cinco capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos da nacionalidade; direitos políticos e direitos relacionados aos partidos políticos.

Já os direitos materialmente fundamentais são todos aqueles que, mesmo não tendo sido arrolados como direitos fundamentais pelo legislador constituinte, conferem direitos subjetivos aos seus destinatários, possuindo uma estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, é inconteste a contribuição dada por Ingo Wolfgang Sarlet:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.¹³⁸

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 573.

¹³⁸ SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.93

Extrai-se, então, que há direitos fundamentais, exemplificativamente (e não taxativamente) dispostos, não só no Título II da Lei Fundamental, mas também em outras partes do seu texto¹³⁹ e até mesmo fora dele, é o que se pode depreender da disposição contida no artigo 5º, § 2º¹⁴⁰, do ordenamento constitucional vigente, que, ao possibilitar o reconhecimento de direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta de 1988 ou dos Tratados Internacionais de que seja parte o Estado brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º do Título II, regulamenta o gênero direitos e garantias fundamentais e uma das espécies, os direitos e deveres individuais e coletivos. É de bom alvitre agora diferenciar os direitos da garantia.

Ao abordar o tema, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁴¹ tecem a seguinte consideração:

Rui Barbosa foi um dos primeiros a abordar a questão. Disse que da leitura do texto constitucional poder-se-iam separar as disposições declaratórias, que estariam a imprimir existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias, que atuariam na proteção desses direitos fundamentais, limitando o poder (...)

Logo, para diferenciar *direitos* de *garantias*, a interpretação do texto constitucional deve ter em foco o conteúdo jurídico da norma, se declaratório ou assecuratório, e não a forma redacional empregada.

Assim, seguindo o entendimento do notável baiano, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos, preventivamente, ou prontamente os reparam, caso sejam transgredidos.

Por outro lado, afirma Dirley Cunha¹⁴² que é indubitoso que as garantias sejam também direitos, pois são destinadas à proteção de outros direitos. Não existem por si mesmas, mas para amparar, tutelar e efetivar os direitos, daí são também chamadas de direitos-garantia.

¹³⁹ Serve de exemplo o reconhecimento do princípio da anterioridade da lei tributária, previsto no artigo 150, III, “b”, da Constituição Federal, como garantia individual do contribuinte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939 (STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ 18.03.1994).

¹⁴⁰ CF, Art. 5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.23.

¹⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 86-87.

¹⁴² CUNHA JÚNIOR. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p.615.

Os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídica fundamental reconhecida em razão da dignidade da pessoa humana e essencial num Estado Constitucional Democrático de Direito, possuem características comuns que os identificam entre si e, por outro lado, os distinguem das demais espécies jurídicas. Nesse teor, resta elencar, brevemente, algumas das seguintes características para melhor esclarecimento da grande importância desses direitos.

Enumera-se como primeira característica a denominada **historicidade**. Eles possuem conteúdo com caráter histórico, como qualquer direito, portanto, variando com a época, já que são frutos de constantes reivindicações sociais.

Como adverte Norberto Bobbio:¹⁴³

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por meus argumentos – que os **direitos do homem**, por mais fundamentais que sejam, são **direitos históricos**, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas. (grifado)

A segunda característica é a universalidade. Destinam-se a todos os seres humanos, indistintamente, ao cidadão em abstrato, em razão da própria natureza humana que carece de uma indispensável convivência e existência digna.

A terceira, aponta-se a **concorrência**, quando os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente ou cruzar-se vários deles, num mesmo titular.

A quarta atribuição destaca-se a **inalienabilidade**, no sentido de serem inegociáveis, intransferíveis e indisponíveis, ou melhor, não pode aliená-los porque não detêm conteúdo econômico-patrimonial.

Dessarte, os direitos fundamentais assinalam como um dos traços mais marcantes do constitucionalismo moderno, quando são tomados por direitos invioláveis dos homens, os quais de forma alguma podem ser suplantados, tendo em vista que, eles adquiriram com a Constituição de 1988 um conteúdo de maior relevo, gozando de supremacia e suprallegalidade. Passaram a existir além da lei por força da Constituição.

A quinta característica aparece a **imprescritibilidade**, que em razão da sua inalienabilidade, esses direitos são sempre exigíveis, logo nunca prescrevem, ou seja, não se perdem com o tempo.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.28.

Ademais, o sexto atributo destaca-se a **limitabilidade ou relatividade**. Os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, pois podem sofrer restrições em alguns casos concretos, para a qual não existe uma resposta previamente definida.

Pode ocorrer situações em que o exercício de um direito fundamental coloca o seu titular em choque com quem exerce um outro direito fundamental, havendo então uma colisão de direitos, resolvida não pelo aspecto da validade, mas sim pela preponderância de um ou outro direito, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. A contraposição de direitos fundamentais igualmente valiosos se resolve, por conseguinte, através daquilo que se denomina relação de precedência condicionada ou pelo princípio da relatividade, os quais têm a possibilidade de limitar os demais direitos constitucionais.

A sétima nota soa com destaque a **irrenunciabilidade**. Os indivíduos não podem deles dispor. É possível que deixem de exercer alguns dos seus direitos fundamentais, mas não renunciar o núcleo substancial deles. É nesse sentido que é comum encontrar na doutrina, inclusive José Afonso da Silva¹⁴⁴ assevera que: “Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.” E também é nesse sentido o ordenamento jurídico português, na opinião de Canotilho¹⁴⁵, pois diz que “[...] devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos”.

Virgílio Afonso da Silva espousa seu entendimento acerca da renúncia dos direitos fundamentais afirmando: “É certo dizer que o não-exercício de um direito fundamental, ainda que por longo período, não implica dizer que a ele se tenha renunciado. Mesmo se um direito fundamental nunca é exercido, daí não se pode inferir que houve renúncia”¹⁴⁶

Ademais, André Rufino do Vale¹⁴⁷ ainda contribui sobre esse tema, fazendo uma diferenciação, de forma taxativa, no que tange à distinção entre renúncia à titularidade e renúncia ao exercício de um direito fundamental. A primeira forma de

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.185.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.464.

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.62.

¹⁴⁷ VALE, André Rufino do Vale. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.198.

renúncia tem um viés definitivo, por isso é proibida pela atual Constituição Federal, por outro lado, a segunda forma posiciona-se no sentido que a qualquer momento o renunciante pode reverter sua decisão, tendo em vista o seu caráter eminentemente provisório.

Contudo, é importante também observar o posicionamento de Jorge Reis Novais¹⁴⁸ sobre a renúncia a direitos fundamentais, tendo em vista que o mesmo autor já escreveu um texto sobre tal tema no âmbito das relações entre Estado e particular. Até porque, este autor lança um novo pensamento sobre as idéias já esposadas, retirando o caráter de inderrogabilidade e absoluto dos direitos fundamentais, e enaltecendo o direito à liberdade.

Novais conceitua a renúncia a direitos fundamentais como um feixe complexo de situações, sendo que tais situações possuem como elemento unificador comum o fato de sempre existir previamente uma posição jurídica subjetiva tutelada por norma de direito fundamental que, com a concordância do seu titular, sofre um enfraquecimento em face do outro pólo da relação. Pode-se, então, concluir como sendo a possibilidade que o indivíduo tem de livremente dispor de alguma posição jurídica própria, por ato de disposição unilateral, tendo a própria norma de direito fundamental como parâmetro, originando no dito enfraquecimento ¹⁴⁹.

O mesmo autor acrescenta que referida renúncia é pontual e/ou temporária, total ou parcial¹⁵⁰, o que diferencia da renúncia do direito privado ou de outros direitos que não sejam fundamentais as quais consiste na extinção de um direito em razão do abandono voluntário e irrevogável por parte do seu titular. Enquanto, para a renúncia de direitos fundamentais, normalmente o que ocorre é uma limitação, auto-restrição, ou melhor, um compromisso individual e voluntário de um cidadão, temporariamente, não invocar certa posição jurídica assegurada por norma de direito fundamental, que dependendo do caso concreto, o que há é apenas a diminuição da proteção do indivíduo.

Na visão do autor, determinada garantia fundamental precederá a uma outra garantia fundamental quando condicionada a determinadas circunstâncias, ou melhor, que as mesmas poderão ser objeto de restrição total ou parcial, quando em “colisão” com outros interesses finalísticos do Estado.

¹⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. I.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 267-271.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p.283-284.

Deve-se concluir que, é necessário atentar-se ao fato de que a admissibilidade da renúncia ao direito fundamental deve sempre ser aferida diante das circunstâncias de cada situação concreta. Pois tal restrição não pode ser levada a efeito caso esteja prestes a transformar o indivíduo em instrumento para a realização de fins alheios, comprometendo a dignidade da pessoa humana, portanto.

Ademais, a oitava característica destaca-se a **efetividade**, eis que ao Poder Público, os particulares e a sociedade devem ao máximo garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

É certo ainda que, os direitos fundamentais possuem importante efeito irradiante, eis que fornecem impulsos e servem de paradigma para a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional.

3.1.1 Evolução (gerações de direitos) dos Direitos Fundamentais

Os direitos pleiteados pelos cidadãos nos diferentes períodos históricos foram categorizados para facilitar o seu estudo, assim, costuma-se falar em gerações de direitos. Dessa forma compreende-se a existência de direitos de primeira, segunda e terceira gerações; há alguns doutrinadores que consideram a existência, até mesmo, de outras gerações, como os direitos de quarta geração.

A doutrina mais tradicionalista emprega o termo geração, significando o desenvolvimento dos direitos. A doutrina moderna prefere o termo dimensão, pois sugere que não existe uma alternância nas prerrogativas, mas uma evolução, contribuindo cada fase anterior na elaboração da fase posterior. E nesta dimensão incorpora direitos da anterior e acrescenta uma nova densidade de prerrogativas aos cidadãos que até então não existia.

Conforme enfatiza Haradja Leite Torrens¹⁵¹, é preferível utilizar a expressão “dimensão de direitos” ao invés de “geração de direitos”, haja vista que os direitos

¹⁵¹ TORRENS, Haradja Leite. *Hermenêutica Jurídica e Paradigmas interpretativos* – Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p15.

conquistados se somam e não se excluem. O professor Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁵² da mesma forma compartilha a idéia esposada pela autora.

Assim, as várias dimensões¹⁵³ dos direitos contidos na Constituição acentuam o caráter pluralista que marcou a positivação dos direitos fundamentais. Cada dimensão marca um aprimoramento da anterior, formando uma aglutinação das prerrogativas concretizadas.

Ultimados o detalhamento, Bobbio¹⁵⁴ enuncia as diversas dimensões do direito, de modo breve:

como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os de bem-estar e da liberdade *através* ou *por meio* do Estado.

Até o momento foram formuladas quatro dimensões de direitos.

Os direitos de primeira geração surgiram concomitantemente a própria luta contra o poderio sufocante do Estado absolutista, e têm portanto suas raízes no pensamento liberal-burguês do século XVIII.

Dadas as condições de miséria em que estava mergulhada a grande maioria da população naquele período, bem como o ambiente de promiscuidade administrativa que imperava entre as nações, esses direitos representativos dessa geração são os civis e políticos, relativos principalmente à liberdade, entre outros tais como, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (formal), completadas por um leque de liberdades, bem assim pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva.

Eles fundamentavam basicamente na autonomia da vontade onde o sujeito pudesse ter controle efetivo sobre a sua liberdade. Isso aponta, também, uma outra

¹⁵² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005, p.37.

¹⁵³ A classificação dos direitos em gerações ou dimensões demonstra o caráter materialmente aberto do rol de direitos fundamentais, além do que comprova a característica da historicidade, a ser vista nos próximos subitens, já mencionada no presente estudo.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.52.

característica, o caráter extremamente individual desses direitos. O que se buscava na verdade era um comportamento negativo do Poder Público com o fim das interferências indevidas na esfera privada do cidadão. Portanto, são, também, conhecidos como direitos negativos e direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

Os direitos de segunda geração, por seu turno, seu objetivo seria a defesa da igualdade material ou substancial, além da formal ou jurídica, como dantes. São eminentemente de cunho social, sendo por isso também conhecidos como direitos sociais, abrangendo outrossim os direitos econômicos e culturais, tudo para a satisfação das necessidades mínimas relacionadas à dignidade dos indivíduos.

Eles surgiram em meados do século XIX, quando a explosão industrial criou uma legião de explorados. Possuíam um cunho prioritariamente coletivo e exigiam atitudes positivas do Poder Público, através de ações concretas que visassem à criação de benefícios para a população, como a assistência social, saúde, educação, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, direito de greve, férias, repouso semanal remunerado, lazer, entre outros. É uma geração composta, basicamente, por direitos positivos ou prestacionais.

Os direitos de terceira geração são frutos dos conflitos armados entre nações, caracterizando-se pelo cunho de defesa da fraternidade e solidariedade. Busca-se a defesa dos interesses difusos, aqueles que interessam a diferentes pessoas, afinal a toda a coletividade, correspondendo, então, proteção aos direitos difusos e coletivos, como exemplo, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito do consumidor, a busca pela paz mundial. São os direitos de caráter transindividual.

Por fim, há que se falar sobre os direitos de quarta geração¹⁵⁵, já defendidos por alguns estudiosos. Esses direitos seriam mais recentes, os quais passam por um estágio de desenvolvimento cabendo às gerações futuras a seu exercício pleno. Incluir-se-iam nesta classe os direitos das minorias, o direito à eutanásia, à biotecnologia, à informação, ao pluralismo, e ainda os relativos à Democracia, enfim, visa integrar o cidadão nas decisões políticas tomadas pelos entes governamentais, intensificando assim o grau de democracia.

¹⁵⁵ O grande constitucionalista Paulo Bonavides faz uma síntese, mencionando ainda a quarta geração dos direitos fundamentais: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, direitos esses de grande importância. , como se vê, mas que escapam aos limites estreitos deste estudo (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.516-524.

No entendimento de Paulo Bonavides ¹⁵⁶ esses direitos depende “[...] a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

É de frisar-se a abissal contribuição do Doutor Guerra Filho ¹⁵⁷:

Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também, para melhor realizá-los.

Exemplificando, diante do direito individual de propriedade de primeira geração, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, esse mesmo direito assegurado, apenas pode ser exercido observando-se sua função social, e com o surgimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental, portanto.

Mesmo já sendo cediço que os direitos fundamentais surgem e evoluem de acordo com as reivindicações de cada época, e que por essas reivindicações são reconhecidas novas categorias de direitos, importante o comentário de Ingo Wolfgang Sarlet ¹⁵⁸ alertando para a possibilidade de prejuízo e exagero, quando da utilização de formalismos e da vontade constante de se reconhecer novos direitos:

No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Perez Luño, para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu “*status* jurídico e científico”, além dos desprestígio de sua própria “fundamentalidade”. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.

¹⁵⁶ Ibid., p.571.

¹⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Coor. Willis Santiago Guerra Filho. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 27.

¹⁵⁸ SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.62.

De qualquer forma, importante frisar é que o aumento de direitos fundamentais reconhecidos se dê sempre em busca da concretização do princípio da dignidade humana e da justiça social.

3.2 Princípios Processuais Pertinentes À Prestação Da Tutela Jurisdicional

Neste momento, calha fazer uma explanação da natureza normativa dos princípios e seu conceito, como também a elucidação dos quatro princípios informativos do processo que norteiam a prestação da tutela jurisdicional, são eles: lógico, político, econômico e jurídico. Bem como necessário abordar, para um melhor desenvolvimento deste trabalho, os princípios processuais pertinentes à prestação da tutela jurisdicional, tais como, o princípio da inafastabilidade da jurisdição; princípio do devido processo legal processual; princípio da inércia e do dispositivo; princípio da cooperação; e, por fim, o princípio da efetividade.

3.2.1 Normatividade dos Princípios Constitucionais

A palavra “Princípio”, vem do latim *principium*, a qual consiste, numa acepção vulgar, início, começo, origem das coisas. Contudo, não é este o sentido, quando se refere aos “princípios constitucionais”. E, a tradução destes últimos também não se confunde com os chamados “princípios gerais do direito”¹⁵⁹ previstos na Lei de Introdução ao Código Civil, como apenas um elemento de composição das “lacunas” da lei.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, por definição:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito

¹⁵⁹ Segundo PAULO BONAVIDES, os princípios gerais do direito foram os antecedentes históricos dos princípios constitucionais. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.54)

e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...¹⁶⁰

Geraldo Ataliba¹⁶¹ reconhece que os princípios “regem toda a interpretação do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o intérprete, sempre que vai se debruçar sobre os conceitos contidos no sistema”.

Ao elucidar o tema, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, fala a despeito da multi-dimensionalidade do sentido da palavra:

os juristas empregam o termo ‘princípio’ em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam ‘supernormas’, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam *standards*, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma ‘abstração por indução’¹⁶².

Salienta com habitual propriedade, Paulo Bonavides¹⁶³ as três fases de evolução dos princípios. A primeira fase é a jusnaturalista, em que os princípios limitam-se a servir de postulados de justiça, sendo nula e duvidosa, sua normatividade. Em seguida, surge a fase juspositivista, na qual os princípios eram considerados fontes normativas subsidiárias, com a função de afastar, supletivamente, as lacunas legais. Constituindo-se uma das medidas integrativas. Então, chega-se ao momento atual, denominado pela doutrina de pós-positivismo, caracterizando a terceira fase. Aqui, atribui-se aos princípios o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude e a condição de fonte primária de normatividade, de normas-chaves de todo o sistema jurídico.

Os princípios jurídicos, na atual fase de evolução da Teoria Geral do Direito, apresentam-se com um grau máximo de juridicidade e normatividade, seja qual for a sua utilidade.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230.

¹⁶¹ ATALIBA, Geraldo. *II Ciclo de Conferências e Debates sobre ICM*. Brasília: Secretaria de Economia e Finanças, 1981. p. 11.

¹⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Op cit.*, p. 237-259.

De fato, a dissociação dos conceitos de normas e princípios permaneceu por muito tempo, o que leva, ainda hoje, a grandes juristas, desatualizados, incorrerem no erro primário de igualar as regras às normas, isto é, a não sustentarem a real força normativa dos princípios. Nesse intento, princípios eram aqueles que possuíam grande traços de indeterminação, tinham valor suplementar, meramente indicativo, quando muito, subsidiário. Considerava-se mais uma disposição política do que propriamente jurídica.

Na esteira desse pensamento antigo, pode-se exemplificar, no caso, há quem entenda que a violação a um princípio não justifica a concessão de um mandado de segurança, porquanto, não haveria um "direito" líquido e certo a ser protegido.

Felizmente, essa dissociação foi superada, na sua grande maioria, em razão dos estudos de ROBERT ALEXY e do jusfilósofo norte-americano RONALD DWORKIN:

a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.¹⁶⁴

O centro da teoria de Ronald Dworkin e de Robert Alexy é exatamente os princípios. Com isso, é prudente o ensinamento de Manuel Atienza¹⁶⁵, sobre esses autores:

Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de Dworkin. Para ele – assim como para Dworkin –, a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. [...].

ESPÍNDOLA citado por Bonfim, atribui, a origem desta transformação para o entendimento dos princípios como norma, à Constitucionalização dos princípios gerais do Direito, fundamentos, portanto, da ordem jurídica, operando-se uma revolução “princípial”.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141.

¹⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Supertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 181-182.

O ponto central desse movimento de transformação normativa, por que passaram os princípios, reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que “saltaram” dos Códigos para as Constituições, do Direito Privado para o Direito Público. Esse salto alterou as funções dos princípios no Direito Positivo, os quais, antes, nos albores do século XIX, durante as codificações, desempenhavam o papel de fontes de mero teor supletório, como princípios gerais de caráter civilístico, e, agora, a partir de meados do século XX, atuam como fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. A constitucionalização dos princípios operou, assim, verdadeira revolução principal.¹⁶⁶

A chave, nesse viés conclusivo da atual classificação, de cunho pós-positivista, está em destacar que, norma é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios, não admitindo mais equiparar a norma jurídica às regras, já que representa uma faceta dela. Então, ao estudá-las, para bem entender seu posicionamento no ordenamento jurídico, o estudioso do direito deve aferir, primeiramente, qual seja a determinada espécie normativa (princípios e regras), para depois analisar a sua hierarquia (norma constitucional, legal ou mesmo infralegal)

Regras e princípios, como proposta conceitual de AVILLA¹⁶⁷, seriam respectivamente:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Então, pode-se atestar que AVILLA leciona quanto a natureza das espécies normativas: os princípios têm como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas e as regras têm a adoção da conduta descrita como mesmo dever.

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO¹⁶⁸ salienta com muita clareza:

¹⁶⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. In BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. *Os Princípios Constitucionais e sua força normativa. Análise da prática jurisprudencial*. Salvador: JusPodium, 2008, p. 66.

¹⁶⁷ ÁVILLA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

¹⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Coor. Willis Santiago Guerra Filho. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 17.

as **regras** “possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os **princípios fundamentais** - prossegue o jurista cearense -, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, in abstracto, antinômicos entre si”. (grifado)

No presente estudo, CANOTILHO realiza uma abordagem detalhada no âmbito do superconceito norma, fazendo uma distinção entre regras e princípios, apresentando alguns critérios para tanto. Confira-se:

- a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) ‘Proximidade da ideia de direito’: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘ideia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante¹⁶⁹.

Para ALEXY¹⁷⁰, não existe a visão de complementariedade dos princípios em relação às regras, pois para ele, “regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma.”. E prossegue evidenciando o dever ser de ambos – isto é, que as regras e os princípios expressam.

¹⁶⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 65.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (...) Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Destarte, ele entende que a aplicação do princípio está condicionada às possibilidades jurídicas e fáticas a serem procedidas no instante da aplicação. Já as regras contêm determinações, podendo estas ser cumpridas ou não.

Esse mesmo autor, Robert Alexy, enfatiza que a diferença entre regras e princípios é acentuada em caso de colisão entre princípios e de princípios e regras, mostrando-se aí, com maior clareza a diferenciação de ambos. Pois, para ele, sem essa distinção não seria possível existir uma teoria satisfatória de colisão ou uma teoria adequada de limites. A colisão entre regras somente se soluciona, na lição deste doutrinador, se for introduzida “em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Aponta ainda que, se essa solução não for possível “pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida”. Trata-se, aqui, da invalidade jurídica. E para constatar qual deve ser declarada inválida, se não for possível a inclusão de cláusula de exceção em uma delas, o problema é solucionado pela lei posterior, que revoga a anterior, e lei especial que derroga a lei de caráter geral, ou de acordo com a importância da norma em conflito, o que diz respeito a hierarquia das normas.

Quanto a colisão entre princípios, a solução é dada, segundo ALEXY¹⁷¹, através de modo diverso. Se há a colisão entre dois princípios, um dos dois princípios terá que ceder. Mas isso “não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.” Na lição do doutrinador, um terá precedência sobre o outro, em determinadas condições. E, sobre outras condições, aplicar-se-á o outro. E o conflito deve ser resolvido, neste caso, por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes.

Para ALEXY, os princípios são normas que abrigam razões de interesses individuais ou também de interesses coletivos, divergindo, quanto a isto DWORKIN, que, lecionado pelo primeiro, expressa um conceito mais reduzido de princípios, o qual não traria razões coletivas, mas somente individuais. Normas de interesse coletivo seriam para ele, normas “políticas”. Já as regras, para este último autor, são aplicadas numa relação de *tudo ou nada*, isto é, ou a regra é válida e se aceitam as suas

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

consequências jurídicas, ou não, e sendo assim, não se conta para a decisão. Enquanto, os princípios, a sua não aplicação não determina a sua invalidade, mas mesmo que aplicáveis ao caso, um de maior peso, do mesmo modo não invalidará o princípio de menor peso.

Registre-se que, os princípios jurídicos podem constar expressamente enunciados em normas explícitas ou podem não constar no texto constitucional, estando descobertos no ordenamento jurídico, embora estejam positivados e continuem com força normativa, por força do sistema em que se encontra, como, por exemplo, o princípio da supremacia da Constituição.

Como observa LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁷²,

os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca do positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora de dúvida que estes bens sociais supremos existem fora e acima das regras legais, e nelas não se esgotam, até porque não tem caráter absoluto e se encontram em permanente mutação. No comentário de Jorge Miranda, ‘o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder’”.

Por fim, percebe-se o grau de importância dos princípios, tendo em vista a sua força normativa e a possibilidade de utilização como identificadores da decisão judicial, especialmente nos *hard cases*, nos dias atuais, passaram a ter proeminência no ordenamento jurídico.

Com isso, em matéria de hermenêutica constitucional e em obediência ao princípio da máxima efetividade, o intérprete deve implantar eficácia plena ao vetor constitucional sempre, observando para tal o previsto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que ordena a “aplicação imediata” das normas que estabeleçam direitos e garantias individuais.

3.2.2 Princípios Informativos do Processo

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 288.

Princípios informativos do processo são, na visão de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “aquelas idéias que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual.”¹⁷³

Tais princípios representam valores aceitos de forma constante e, de tal forma disseminada, que independem de demonstração, eis que se tratam de axiomas acolhidos de modo geral no processo.

Veja os quatro princípios informativos do processo que norteiam a prestação da tutela jurisdicional, são eles: lógico, político, econômico, e jurídico.

3.2.2.1 Princípio Lógico

Pelo princípio lógico extrai-se a idéia, norteadada, por sua própria nomenclatura de que o processo é uma sucessão de atos logicamente cadenciados, ou melhor, deve buscar ser lógico.

No dizer de Rui Portanova, “Um andamento lógico e racional do processo é garantia de estar-se em bom rumo para a realização da justiça”¹⁷⁴.

Por este princípio deve-se procurar os meios mais eficazes da procura da verdade material e do dizer o direito, de modo a evitar o erro. É dele, portanto, que decorre o princípio da prejudicialidade.

Com isto, entende-se que a fase postulatória inicia o processo, é seguida da fase instrutória, e esta última, é seguida pela fase decisória. Não poderia a contestação vir depois da exordial e nem a sentença antes da contestação.

3.2.2.2 Princípio Político

O Princípio Político ou de participação é um outro princípio informador da prestação da tutela jurisdicional, o qual enuncia que o cidadão tenha o direito de

¹⁷³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p.51.

¹⁷⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 23.

participação, por intermédio do processo, na realização de seu direito individual e social.

Através dele busca-se, na resolução do litígio, o sentido de proporcionar a máxima garantia social e o menor sacrifício individual de liberdade dos litigantes. O processo deve assegurar a máxima eficiência social, portanto.

Em que pese a importância desse princípio, Cappelletti¹⁷⁵ resume com sabedoria:

Se é verdade que *democracia* significa, antes de mais nada, *participação* e se é verdade que o fenômeno mais típico do processo é a existência de um procedimento destinado a assegurar às partes o direito de participar da formação do *judicium*, não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre esteja privada de informações e de representação, que constituem condições inarredáveis para sua participação.

3.2.2.3 Princípio Econômico

O princípio econômico ou da economia processual preconiza que os atos processuais e o processo deve desenvolver-se de modo mais eficiente economicamente. Menos oneroso possível para as partes, o Estado-Juiz e todos os operadores do direito.

Esse princípio recomenda que se devem alcançar os melhores resultados, o máximo do processo, dando a maior celeridade com o menor dispêndio de esforços, recursos, dinheiro, tempo e atividade possível, tudo com vistas a obtenção de maior eficiência da tutela jurisdicional.

É sabido que elevadas custas processuais afastam ou limitam o direito de ação para parcela da sociedade. E para todos que dependem de uma decisão judicial, o que é esperado é a economia processual, tanto sob o aspecto de custo imediato, quanto ao custo em decorrência de delonga processual, quanto a utilização de meios que levem a maiores dispêndios no curso processual.

É bem verdade que, para a plena concretização do princípio da economia processual ainda falta consciência de todos para tal. Mas, iniciativa já ocorreram para a melhoria do problema da demora na prestação da tutela jurisdicional, como a criação dos Juizados Especiais (lei nº 9.099/95) e a ampliação da possibilidade de antecipação

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Problema das reformas do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p.09-30, p 16.

dos efeitos da tutela, atendidos determinados requisitos, por meio da nova redação do art. 273 do CPC.

3.2.2.4 Princípio Jurídico

Outro princípio aplicado na prestação da tutela jurisdicional é o princípio jurídico ou também denominado de princípio da igualdade.

O princípio em apreço preconiza a isonomia de tratamento entre os litigantes e os que busquem o poder judiciário, obedecendo a critério de isonomia entre as decisões internas dos processos, quanto em relação a processos diversos. Assim, o órgão jurisdicional há de proporcionar aos litigantes isonomia de tratamento e justiça na decisão.

Outrossim, deve ser rememorado, através deste princípio que os atos processuais devem seguir o caminho legalmente estabelecido para o seu deslinde, isto é, o processo deve obedecer a um rito devido e previamente estabelecido em lei.

Quanto a isonomia, Barbosa Moreira citado por FONSECA¹⁷⁶ atribui ao órgão judicial a responsabilidade de reduzir a desigualdade material entre as partes, por intermédio de uma atuação mais ativa do juiz.

Duas dimensões da igualdade são prevista pela Constituição da República de 1988, são elas a formas e a material.

A igualdade formal consiste numa igualdade de direitos e deveres outorgados pelos textos legais. Já a igualdade material consiste na equiparação de todos os seres humanos no que diz respeito ao gozo e fruição de seus direitos, assim como sujeição aos deveres¹⁷⁷. Ela é enunciada no caput do artigo 5º da Carta Magna Brasileira¹⁷⁸, quando mostra “todos são iguais perante a lei”.

¹⁷⁶MOREIRA, José Barbosa *apud* FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. *A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007, p.23.

¹⁷⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.38.

¹⁷⁸ “**Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]” (CF, Art. 5º.) (grifado).

Mauro Cappelletti¹⁷⁹ justifica que tratar como iguais sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça.

Da mesma forma, Humberto Teodoro Júnior¹⁸⁰ diz que “todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes em detrimento de outro, no rumo do êxito processual”.

Essas citações esposadas reflete a idéia da igualdade material, devendo aplicá-la tanto no acesso à justiça, quanto na seara do processo, recebendo aqui a designação de princípio da paridade entre as partes.

Vale ressaltar, contudo, Barbosa Moreira¹⁸¹ atribui ao órgão judicial a responsabilidade de reduzir a desigualdade material entre as partes, por intermédio de uma atuação mais ativa do juiz.

O doutrinador brasileiro, Rui Portanova, entre outros autores, defendem que, ao tratar de forma igual partes que são de fato desiguais, como ricos e pobres, fracos e fortes, não se está violando apenas o princípio da igualdade, mas também outros princípios dele decorrentes, como o princípio da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa, pois um juiz equidistante não quer dizer um juiz distante da realidade posta a seu julgamento¹⁸².

Nos tempos atuais, atribui-se como pilar da democracia e conseqüentemente, de um Estado Democrático de Direito, a liberdade, juntamente com a igualdade, tanto no sentido formal quanto material, pois.

3.2.3 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologia, sociedad*. Trad. Santiago Sentis de Melendo e Tomás A. Bezhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.67.

¹⁸⁰ THEODORO JR., Humberto. *A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, março de 1991. Vol. 665. p.11-22. p. 14.

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p.183.

¹⁸² PORTANOVA, *op. cit.* p. 46.

O Princípio da Inafastabilidade também é conhecido como princípio do direito de ação. Está estampado na vigente Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, sendo, portanto, mais um dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio em questão corresponde ao direito de ter uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, para tanto, mister a existência de meios adequados.

A Lei não poderá afastar do interessado, nem a busca, nem a participação no Poder Judiciário para resolução de conflitos.

Leciona NERY JR, que extrai lição de Pontes de Miranda de que embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, prossegue a ensinar que “o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.”¹⁸³

Neste norte, a atual Carta Política adotou o sistema inglês de jurisdição, eis que o Poder Judiciário tem a competência para rever atos de agentes públicos e privados, e está acima de decisões administrativas ou privadas. Diferentemente do sistema francês, qual seja, do contencioso administrativo, em que existem Tribunais administrativos que têm competência exclusiva com força de coisa julgada, excludente de apreciação meritória do Poder Judiciário.

Não pode o legislador restringir esta norma, e nem os particulares em atos contratuais que sejam inconstitucionais. É direito e garantia constitucional o acesso à justiça, pela visão do direito de ação, consubstanciado no epigrafo Princípio da Inafastabilidade.

3.2.4 Princípio do Devido Processo Legal Processual

Trata-se de princípio fundamental do processo, o qual deriva da expressão inglesa *due process of law*, que remonta a primeira Carta Magna de João Sem Terra (1215).

¹⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p.98.

Essa garantia vigorou na Inglaterra, na Magna Carta e após se dilatou, sendo levada às Cartas coloniais e à Constituição Americana. O seu sentido era estritamente processualístico (*procedural due process*), sem a efetivação de seu aspecto substantivo.

Foi assim que essa garantia vigorou na antiga Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e mais tarde ingressou nas Cartas coloniais da América do Norte e depois, finalmente, na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos.¹⁸⁴

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, demonstra a impostergável necessidade do devido processo legal para que haja a alteração da esfera jurídica individual e coletiva no plano concreto. Ninguém poderá ser afetado por atos, sem a prática de um devido processo, pautado por condutas traçadas previa e legalmente.

Segundo DIDIER, “aplica-se o princípio genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade na formação de leis”¹⁸⁵. E segundo o mesmo autor, o processo “é palavra gênero que engloba: legislativo, judicial, administrativo e negocial.”¹⁸⁶

É interessante, no momento, apenas tratar do Devido Processo Legal em seu aspecto estritamente processual, contudo, não se pode olvidar do devido processo legal material ou substancial que corresponde à prestação da tutela adequada ao caso concreto, equiparando-se ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. É portanto, o direito a uma tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material.

A idéia inicial do devido processo legal processual ou formal é exatamente a idéia de processo ordenado, não havendo dúvida correlacionada ao caráter processual da cláusula do devido processo legal, a qual deve garantir que a tutela seja prestada através de um processo com respeito às garantias constitucionais, como a do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões, do juiz natural, da efetividade, entre outras.

¹⁸⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2008. p. 17.

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento*, v. 1. 9ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008. p.30.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem.*

Por fim, interessante perceber que, o projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) no seu artigo 6º prevê uma regra para o desenvolvimento deste princípio, confira-se:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

3.2.5 Princípio da Inércia e do Dispositivo

O princípio da Inércia da Jurisdição leva ao entendimento de que o Juiz não pode agir estritamente de ofício, depende ele da iniciativa das partes para demandar. Contudo, a jurisdição não é inócua, pois na medida em que for acionada, deverá movimentar-se pelo impulso oficial. Porém, esse princípio não é absoluto, ou seja, comporta exceções, como no caso de exibição de testamento, prevista no art. 1.129 do CPC, e de abertura de inventário, encartada no art. 989 do mesmo diploma processual civil pátrio.

O princípio da Demanda, da ação ou da iniciativa da parte, previsto no artigo 2º do CPC¹⁸⁷, debruça-se na vontade da parte em instaurar o processo, movimentando a máquina judiciária para apreciar determinado caso concreto. É relativo ao início da propositura da ação. Esse princípio em tela decorre do fato de o juiz não poder agir de ofício (inércia), devendo aguardar a provocação das partes, restando vinculado aos limites dos fundamentos trazidos por elas na peça inicial, a saber, a causa de pedir, e também ao pedido trazido.

Ademais, ressalta-se que o retromencionado princípio da demanda equivale para o pólo passivo da relação processual, ou seja, o demandado, que inclusive, poderá apresentar suas defesas.

Quanto ao princípio do dispositivo ou da disposição da parte, este é o que confere às partes poder para dispor do processo em curso, permitindo-lhes escolherem a realização de certos atos processuais, como a delimitação dos pontos controvertidos, a

¹⁸⁷ Art.2º, CPC: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”

inquirição de testemunhas, etc. Porquanto, versando a ação sobre direito disponível, compete à parte a produção das provas, trazendo elementos de convicção ao julgador.

Na visão de Mauro Cappelletti¹⁸⁸, esse princípio do dispositivo engloba o princípio da demanda, sendo este o poder de a parte dispor do aparato do Poder Judiciário.

Ante o exposto, percebe-se que há diferença no conceito entre o princípio da demanda e o princípio do dispositivo, e o doutrinador Ovídio Baptista¹⁸⁹ os distingue com muita propriedade:

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

Não é nem função e nem ônus do juiz, a produção de provas não requeridas pelas partes. Porém, o atual Código de Processo Civil estabeleceu em seu artigo 130 que, pode o juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, podendo fazê-lo, inclusive, de ofício, ainda que a matéria tratada verse sobre direito disponível. Logo, isso quer dizer que, essa disponibilidade não afeta o juiz que, na busca da efetividade da tutela jurisdicional, poderá e, por que não dizer, deverá agir de ofício, além do mais, como já é cediço, quando se tratar de interesse público, como nos casos de extinção do processo por falta de condições da ação.

Isso porque é preciso conciliar o caráter público do Direito Processual com o interesse das partes privadas do processo e seus direitos substantivos disponíveis. As partes privadas, mesmo sendo livres para dispor dos direitos substantivos deduzidos

¹⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001. p.24.

¹⁸⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.1. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996, p. 63-64.

em juízo, ou seja, do objeto do processo, não são livres para dispor, a seu bel-prazer, do próprio processo enquanto instrumento¹⁹⁰.

3.2.6 Princípio da Cooperação

O princípio da cooperação é de elevada importância para aplicação no Direito Processo Civil e, sobretudo, para a efetividade da tutela jurisdicional.

Este princípio, no ensino de DIDIER¹⁹¹, atualmente é prestigiado no direito estrangeiro, a exemplo da Alemanha, França e Portugal, e tem alguma repercussão na doutrina brasileira.

Para esse mesmo autor, Fredie Didier Júnior, é “o princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”.¹⁹²

O princípio em questão gera os seguintes deveres para o magistrado, os deveres de esclarecimento, de consultar e de prevenir.

Nas lições de Lúcio Grassi, “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”.¹⁹³

O Código de Processo Civil Português¹⁹⁴ contém regra semelhante prevista no seu art. 266, a qual corresponde à aplicação deste princípio da cooperação. Assim, a importância deste dever está na possibilidade de se evitar concepções equivocadas dos fatos, pedidos, alegações e posições descritas no processo. Dessarte, deve o magistrado

¹⁹⁰ FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. *A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007, p.27.

¹⁹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento*, v. 1. 9ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008. p.58-59.

¹⁹² *Ibid.*, p.59.

¹⁹³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008. p. 60.

¹⁹⁴ Artigo 266 do Código de Processo Civil Português: “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 fato”.

solicitar esclarecimentos às partes, antes de extinguir a petição inicial, quando esta mostrar alguma obscuridade em seu pedido ou causa de pedir.

Quanto ao dever de **consultar**, da mesma forma, o magistrado deve buscar o conhecimento da matéria e consultar às partes, abrindo espaço para a estas mesmas partes influenciar na decisão a ser proferida, utilizando os seus argumentos jurídicos, mesmo que o juiz esteja diante de matérias que possam ser conhecidas de ofício.

E ainda, BEDAQUE convocado na escrita de Didier, assevera que este dever de consultar “assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia.”¹⁹⁵

Por fim, quanto ao dever de **prevenção**, os ensinamentos de GRASSI, aponta que “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”.¹⁹⁶

O magistrado deve, assim, adotar postula que dialogue com as partes e sua atuação não se resume apenas à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais.

Em suma, o princípio da cooperação exige, pois, um juiz mais ativo, situado no centro da controvérsia, o que, ao invés de causar um distanciamento com as partes e entre elas, vai buscar restabelecer o caráter isonômico do processo, ou, ao menos, conseguir um ponto de equilíbrio. Impende ressaltar que esse objetivo, dentro de uma perspectiva não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea em relação à divisão do trabalho entre o juiz e as partes, somente pode ser alcançado por meio do fortalecimento dos poderes das partes, com sua participação mais ativa e leal no processo, de modo a contribuir mais efetivamente à formação da decisão judicial, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos como na valorização jurídica da causa.¹⁹⁷

Por fim, interessante anotar que, o projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) em vários artigos, 5º, 8º, 9º, 10., prevê regras para o desenvolvimento deste princípio, confira-se:

¹⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008. p. 60-61.

¹⁹⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008. p. 61.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2003, p. 253.

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstando-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Denota-se portanto, o estímulo de utilização do princípio da cooperação por todos aqueles que de qualquer forma participe no processo.

3.2.7 Princípio da Efetividade

Os direitos de ação e ao devido processo legal não garantem, por si só, uma prestação jurisdicional eficaz. É necessário que a tutela do direito material traga resultados concretos e úteis para a vida do jurisdicionado.

Para tanto, a resposta estatal deve vir em prazo hábil, que o processo lhe dê resposta, ou melhor, mister é que o processo seja efetivo.

Mas, o que significa, na prática, efetividade do processo?

Nesse sentido, o ilustre mestre Dinamarco¹⁹⁸, com breves palavras, resume que, “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.

Delosmar Mendonça Junior¹⁹⁹, ressalta que a efetividade do processo “é direito fundamental das partes, decorrente do direito de ação e do devido processo legal, além de um dever do Estado, que tomou para si atividade jurisdicional”.

O mesmo autor define um processo efetivo:

(...) é aquele que produz resultados dirigidos à realização do direito material. Podemos dizer: processo efetivo é aquele que resulta na tutela jurisdicional, tornando real o direito da parte. O processo efetivo é aquele com reais

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 270.

¹⁹⁹ MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.72.

efeitos vinculados à realização do direito material, através da tutela jurisdicional.

(...) A efetividade, quer nos parecer, independe da observância de todas as garantias processuais para “existir”. Em outras palavras, a efetividade é elemento do “processo justo”; todavia, o valor de “justo processo” não é necessário para a efetividade. (...) A observância das garantias processuais não conduz, de per si, à efetividade da tutela.

Quer nos parecer que a efetividade é um valor em si. Um “valor-meio”, isto é, a serviço da ordem jurídico-processual justa, integrante desta ordem, mas não depende dos outros elementos.²⁰⁰

Ademais, a previsão expressa na Constituição Federal do princípio da celeridade e da duração razoável do processo, inserida pela Emenda Constitucional N.º.45, só corrobora com a idéia da efetividade como norma constitucional, vez que a tempestividade é elemento do princípio da efetividade.

Apenas para ilustrar, vejamos a redação do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal²⁰¹, acrescentado pela referida emenda: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Diante dessas considerações, Josel Machado Correa²⁰² entende que a efetividade do processo está diretamente ligada à celeridade:

A questão da celeridade do processo é o que mais de perto significa o sentido verdadeiro da sua efetividade, por ser problema que mais aflige o jurisdicionado quando da decisão de recorrer ao judiciário ou de buscar uma conciliação nem sempre favorável.

Um dos maiores óbices para uma efetiva prestação jurisdicional encontra-se na morosidade do Judiciário. O tempo de duração das demandas gera descrédito no sistema e desestímulo aos seus jurisdicionados e à sociedade em geral, como bem observou Marinoni:

(...) o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento da sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Entretanto, o cidadão tem direito a uma justiça que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável.²⁰³

²⁰⁰ *Ibid.*, p.68-69.

²⁰¹ Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm> Acesso em 11 set. 2006.

²⁰² COREA, Josel Machado. *Recurso de apelação: história e dogmática*. São Paulo: Iglu, 2001, p.12.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 36.

Oportuna colocação do Professor José Roberto Santos Bedaque²⁰⁴ sobre a questão em tela: “a utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada a eficácia do processo, que constitui meio para garantir a atuação do direito na hipótese de ausência de cooperação espontânea dos destinatários”.

Por tais motivos é que a efetividade tem sido cada vez mais buscada como um ideal de justiça. Mais que isso, é dever do Estado, que tomou para si a atividade jurisdicional.

Não basta garantir o direito de acesso à Justiça, é preciso garantir uma prestação jurisdicional justa. Não basta dizer o direito, é preciso realizá-lo, é preciso que a tutela deste direito seja efetiva, que traga resultados práticos ao seu titular, e em tempo razoável.

Este obstáculo chamado “tempo”, atrelado a outros pontos, culminou na chamada “crise do Judiciário”. Por tais razões, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei N° 5.869 de 11 de janeiro de 1973, já foi e ainda continua sendo alvo de uma série de reformas, inclusive, com a maior que é o projeto do novo Código de Processo Civil, com o intuito de dirimir os pontos de estrangulamento do processo, que comprometem a produção de resultados úteis.

²⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 56.

CAPÍTULO 4 – GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Por meio da Emenda Constitucional 45/2004, denominada de Emenda da Reforma do Judiciário, foi acrescentado ao catálogo de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, o inciso LXXVIII, a partir do qual ficou elencado que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”²⁰⁵

O reconhecimento da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade na tramitação como direitos fundamentais da pessoa humana é de grande contribuição para o alcance dos desideratos de celeridade e eficiência. É que a constitucionalização de determinada matéria significa a mais alta elevação do seu grau nos planos político e jurídico. Em consequência, o assunto adquire uma forte carga simbólica e torna-se prioridade na adoção de políticas de garantia e implementação, merecendo do Estado e da sociedade a tomada de todas as medidas indispensáveis a sua verificação no plano da realidade.²⁰⁶

Este capítulo trata-se da garantia constitucional da duração razoável do processo. Debruçando-se sobre este tema, estudar-se-á a problemática da duração do processo, como o tempo e a morosidade; o duelo entre a garantia da celeridade e da segurança jurídica; o breve histórico e fundamentalização do direito à duração razoável do processo: EC 45/04; o prazo razoável e os critérios para determinação da duração razoável do processo; e por fim, a postura do poder público na busca de um processo mais razoável, célere e efetivo.

4.1 A Problemática Da Duração Do Processo – Uma Preocupação Mundial

Atento as modernas tendências impostas pelo anseio de realizar os escopos político, jurídico e social da jurisdição, um dos principais suportes de uma ordem

²⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.13.

²⁰⁶ TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *Processo Ambiental – uma proposta de razoabilidade na duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2009, p.64.

jurídica justa, repousa a necessidade de se garantir uma tutela jurisdicional hábil, tempestiva e efetiva.

Numa concepção hodierna do processo, na prestação da tutela jurisdicional deve ser assegurada aos litigantes, as garantias constitucionais do contraditório, do amplo direito de defesa, da imparcialidade, entre outras tantas, e mormente, da duração plausível do processo.

Já é cediço de todos que, uma Justiça que tarda é sempre falha. Em razão disso, a duração do processo, reconhecido como o principal obstáculo à efetividade, tem se caracterizado como ponto de grande preocupação e atenção dos operadores e estudiosos do direito, lógico que, sem desconsiderar a importância e relevância dos demais princípios.

Por sua vez, o direito à prestação jurisdicional tempestiva se relaciona com o uso racional do tempo no desenvolver do processo tanto pelas partes quanto pelo Estado-juiz.

4.1.1 Tempo

É bem verdade que, o fator tempo é considerado um dos principais motivos para a crise da justiça, no que se refere a um processo judicial. É realidade que, a administração da justiça não atende satisfatoriamente às expectativas e os anseios da sociedade, em razão da longa duração de um processo judicial.

Contudo, esse embate não é de hoje, como bem relata Gabriel de Oliveira Zéfiro²⁰⁷ que permanece incontestavelmente atual, veja:

A busca por uma proporcionalidade razoável entre a necessidade de amadurecer a decisão pelo exercício da defesa da forma mais ampla possível e o aumento da velocidade na efetivação da tutela jurisdicional, será, sem dúvida, o desafio da ciência processual do início deste novo século.

Nas palavras do Ilustre Desembargador Bedaque:

²⁰⁷ ZÉFIRO, Gabriel de Oliveira. O Direito à Razoável Duração da Demanda. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org.). *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 370.

O tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.²⁰⁸

É que o processo, do modo como foi concebido, se preocupou demasiadamente com a segurança jurídica, prevendo formalidades excessivas. No entanto, essa maneira de pensar o processo foi perdendo força quando se percebeu que o excesso de formalidades servia como forma de procrastinar o desenrolar do processo.

Como lembra Luiz Guilherme Marinoni, o processo é um instrumento que “sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem.”²⁰⁹

É fato que, o tempo é uma grandeza juridicamente relevante para o direito como um todo. Poder-se-ia citar, como exemplo, os institutos da prescrição e da decadência, que nada mais são do que a extinção do direito material (decadência) ou instrumental (prescrição) em face do decurso do tempo. Pode-se mencionar também a maioridade e capacidade civil plena, que apenas é atingida com os 18 (dezoito) anos completos²¹⁰, entre outros tantos exemplos que o tempo permeia o direito.

Passou-se, então, a considerar a prestação jurisdicional tempestiva como um direito fundamental, tendo em vista que é por meio dela que se faz respeitar os demais direitos.

4.1.2 Morosidade

Diante dessa realidade, coube ao legislador buscar paulatinamente mecanismos para combater a morosidade da justiça, contudo, sem ignorar o direito à defesa do réu e à segurança jurídica.

Várias são as razões da morosidade da prestação jurisdicional.

²⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 56.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução da sentença*. São Paulo: RT, 1997. p. 23.

²¹⁰ Art. 5º do Código Civil. “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

Segundo Danielle Annoni²¹¹ a análise do problema da morosidade da prestação jurisdicional revela a existência de um sistema judicial conservador e inadequado, onde existem recursos processuais excessivos, além da agilidade do Poder Judiciário ser corrompida pela burocracia interna do órgão destinado a resolver os conflitos. Além disso, aduz a autora que constituem também elementos que acarretam a delonga processual para além dos limites toleráveis, a deficiência na infra-estrutura e a insuficiência de agentes, em número proporcional com a demanda, capazes de responder às necessidades dos jurisdicionados dentro de um prazo razoável.

Para Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti²¹² a manifesta crise da jurisdição origina-se, especialmente, no grande volume de processos a serem julgados, na estrutura inadequada do Poder Judiciário e no número insuficiente de juízes, assim como nas contraditórias decisões sobre a mesma questão jurídica que ocasionam descrédito entre os cidadãos.

Como é sabido, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, além dos Tratados Internacionais, são constantemente desrespeitados. Por tal razão, os cidadãos necessitam, muitas vezes, recorrer ao Poder Judiciário para efetivar seus direitos.

Ocorre que o grande volume de ações sobrecarrega o Judiciário tendo em vista que o mesmo passa a fazer às vezes do Poder Executivo e do Poder Legislativo que não desempenham suas referidas funções como deveriam.

Nesse sentido, afirma Boaventura de Sousa Santos que “há um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do legislativo para o judiciário”²¹³ restando concentrada neste último a esperança dos cidadãos.

Sobre a questão, Jorge de Oliveira Vargas preceitua que:

A população tem necessidade de confiar na magistratura, de ter esperança no judiciário, pois dos três poderes estatais é nele que estão depositadas as esperanças que nos outros dois restaram frustradas. É do Judiciário que se

²¹¹ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 113.

²¹² DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à emenda constitucional 45/2004: os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 31.

²¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p.21.

esperam o reconhecimento dos direitos esquecidos em outras esferas, a resposta às arbitrariedades, o reparo das lesões sofridas²¹⁴.

Observa-se, que tal situação é bastante preocupante vez que a demora excessiva do Judiciário em solucionar a lide causa grande frustração nos cidadãos que depositaram suas últimas esperanças na justiça.

Na visão de Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti:

Não há estrutura material e humana, em um país de escassos recursos públicos como é o caso do Brasil, que consiga trabalhar velozmente com o astronômico número de ações que diariamente são postas perante o Poder Judiciário ainda que tivéssemos as melhores e modernas leis que tratassem dos ritos processuais²¹⁵.

Nesse sentido, dispõem também Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti²¹⁶ que é inegável que o fundamental fator da delonga processual não é apenas a falta de normas processuais que acelerem o trâmite judiciário, mas sobretudo, a falta de juízes e servidores para acolher a crescente demanda ao Poder Judiciário.

Outro grande problema que, segundo a doutrina, contribui para a morosidade da justiça é a corrupção dentro do Poder Judiciário. Sobre o assunto, leciona Danniele Annoni²¹⁷ que muitas vezes as partes oferecem regalos e lembranças aos agentes judiciários com a finalidade de que processos específicos sejam analisados e julgados primeiro.

Entretanto, é lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem alterar nada na ineficiente estrutura e condições do Poder Judiciário, seja simplesmente acrescido o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Válido será, porém, se mais que um princípio constitucional, tornar-se um autêntico compromisso

²¹⁴ VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p.18.

²¹⁵ DUARTE; GRANDINETTI, *op. cit.* p. 78.

²¹⁶ *Idem., Ibidem.*

²¹⁷ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 113.

Ante o exposto, a partir do momento em que o Estado despreocupa-se com o seu dever/poder²¹⁸ de jurisdição, seja em que aspecto for, fatalmente estará em direta afronta a preceitos consagrados constitucionalmente ao longo dos séculos e que hoje, caracterizam verdadeiras garantias do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Assim, a demora na prestação jurisdicional causa às partes envolvidas desconforto, ansiedade e, na maioria das vezes, prejuízos de ordem material a exigir a justa, efetiva e adequada solução em tempo aceitável, independentemente de a razão ser atribuída ao autor ou ao réu, ao final.

4.1.3 Celeridade e Segurança Jurídica

É inadmissível que um processo tenha duração maior que a necessária para assegurar a justa decisão. Com isso, o processo, na medida do possível deve desenvolver-se de forma célere e tempestiva, a fim de que a tutela jurisdicional seja efetiva, segura e justa.

Agora, está evidente o grande desafio do processo civil contemporâneo: tornar a justiça mais célere e mais efetiva, sem comprometer a segurança, pois não se pode confundir tutela efetiva e célere com tutela precipitada, em desrespeito às garantias processuais, mormente a da segurança jurídica, pondo em risco, inclusive a própria justiça das decisões.

Então, vem a tona a idéia do equacionamento e equilíbrio entre esses dois valores - tempo e segurança - no bojo do processo. Assim, numa relação conflituosa entre a garantia da celeridade e a da segurança jurídica, para se conseguir alcançar uma convivência harmônica entre ambas, deve prevalecer a razoabilidade, sempre.

Assim, o processo justo não é necessariamente o que é mais célere, mas sim aquele no qual há o mais fino equilíbrio entre o tempo almejado e a segurança jurídica

²¹⁸ A expressão geralmente vem utilizada na forma de poder/dever, no entanto, entendemos que antes de ser um poder Estatal, a jurisdição, como forma de interferência imperativa do Estado na esfera jurídica de terceiros, somente se legitima em decorrência de seu inafastável dever de satisfazer certas finalidades em prol do interesse da coletividade. Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar sobre o poder de administrar, perfeitamente aplicável ao caso, "...o uso das prerrogativas da Administração é legítimo quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo. 2004. p. 62)

feita em nome da efetividade. E, como não poderia deixar de ser consectário da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, no direito processual civil, a sempre incansável busca de equilíbrio entre tempo de tramitação processual e segurança jurídica.

A preocupação é comum, como nos países Brasil e Itália, e até mesmo mundial, em realizar reformas importantes em matéria processual civil, no sentido de abreviar o quanto possível a existência do processo, como forma de imprimir maior brevidade as demandas, como se verá mais adiante que a antecipação de tutela é uma das principais formas de evitar os danos que o longo tempo de duração de um processo pode causar.

4.2 Breve Histórico e Fundamentalização do Direito À Duração Razoável Do Processo: EC 45/04

Tem-se já debatido que a preocupação com a efetividade do processo é o ponto nodal das atenções dos processualistas modernos, tendo em vista, a íntima relação com a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. Também foi reconhecido que um dos principais obstáculos a esta efetividade é a morosidade da justiça.

Observando que a morosidade da Justiça brasileira gera a descrença e acarreta danos aos cidadãos, violando, desta forma, o direito fundamental ao acesso à justiça em um Estado Democrático de Direito, na sua concepção mais ampla, os legisladores aprovaram no fim do ano de 2004 a Emenda Constitucional n° 45 que introduziu algumas reformas no Poder Judiciário com o intuito de tornar a justiça brasileira mais célere.

Nesse mister, a Emenda Constitucional n.45, de dezembro de 2004, adicionou ao artigo 5° da Carta Magna de 1988, que dispõe sobre os direitos fundamentais, o inciso LXXVIII assegurando expressamente a duração razoável do processo como garantia constitucional fundamental. Dessarte, o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva ganhou contornos ainda maiores com a introdução desse inciso na vigente Lei Maior do país.

Com efeito, preconiza o referido dispositivo constitucional que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Assim, o princípio da razoável duração do processo foi introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma Constitucional do Poder Judiciário), erigindo-se como direito fundamental a ser respeitado tanto no âmbito judicial como administrativo.

O direito fundamental em apreço já era consagrado em diversos documentos internacionais de proteção e promoção de direitos humanos, como as ex-colônias inglesas na América do Norte, como na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12.06.1776, expandindo-se com a Convenção Européia de Direitos do Homem (1953), o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Constituição Portuguesa (1976)²¹⁹, a Constituição Espanhola (1978)²²⁰ e a Carta Africana de Direitos Humanos (1981), ressalta André Luiz Nicolitt.²²¹

O princípio da razoável duração do processo, em si, não é novo no ordenamento jurídico brasileiro, eis que sofreu influência desses movimento de positivação.

A Convenção Americana sobre Direito Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, já trazia em seu corpo, o direito de toda pessoa ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente. Confira-se a previsão de seus artigos 7º,5, e 8º, 1, *verbis*:

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade permitida por lei a exercer funções judiciais e **tem o direito de ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta

²¹⁹ A Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 20, 4, dispõe que: “a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, **em prazo razoável**, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”. (grifado)

²²⁰ Art. 24: 1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.* 2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y la presunción de inocencia.* (grifado)

²²¹ NICOLLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008. P. 11-15.

em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Art. 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifado)

O referido pacto, da qual o Brasil é signatário, passou a integrar no ordenamento jurídico brasileiro por força do decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Semelhantemente, anote-se que, o artigo 6º, nº 1 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, de 1950, com vigência a partir de 1953, também traz regra paralela à constante do Pacto de São José, dispondo que, qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo **razoável**, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.²²²

É certo, porém, que, antes mesmo de haver tal alteração na Carta Magna, pela EC 45/2004, já se poderia inferir da Constituição o direito à tutela tempestiva em diversos dispositivos como o inciso XXXV, do art. 5º, o qual garante o acesso à justiça, o inciso LIV também do art. 5º, quando estabelece a observância obrigatória do devido processo legal, além do próprio art. 37, caput, que prevê o princípio da eficiência, o que decerto abrange a presteza na solução dos conflitos de interesses.

Vale destacar que, o direito à duração razoável do processo nasce associado ao princípio do devido processo legal (*due process of law*). Este é o princípio fundamental do processo, matriz genética de todos os outros princípios, que na verdade são seus desdobramentos²²³.

Ressalte-se que, ao ser alçado ao posto de garantia constitucional em nosso ordenamento jurídico, o aludido princípio passou a informar todo o sistema legislativo, doutrinário e jurisprudencial, de modo que “não se pode mais permitir a elaboração de

²²² Processo C-194/99 p Thyssen Stahl AG contra Comissão das Comunidades Europeias. Disponível em <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>> acesso em 20 fev de 2010.

²²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 60-61; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos Humanos*. V. I. Curitiba: Juruá, 2006, p. 693.

leis que causem uma maior lentidão na solução dos processos, sob pena de serem inconstitucionais”.²²⁴

Importante observar que, mesmo antes da emenda constitucional nº 45/2004, o art. 5º, § 2º, da Magna Carta de 1988 estabelecia que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²²⁵.

Com efeito, nesse particular resta saber qual o *status* que deve ser atribuído ao referido Pacto e Tratados Internacionais, do qual o Brasil seja signatário, no plano interno, pois, por longo tempo, muitas dúvidas houveram, então, quanto ao seu nível hierárquico.

Não obstante, grande parte dos doutrinadores, dentre os quais podemos citar Danielle Annoni²²⁶, entenderem que diante do dispositivo constitucional exposto, qual seja, o art. 5º, § 2º, a razoabilidade da duração do processo e a celeridade processual eram “garantias constitucionais”; muitos outros, segundo Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti²²⁷, ainda entendiam que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que passavam a fazer parte do ordenamento jurídico interno, tinham *status* de “lei ordinária”.

Adiante, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescenta o § 3º ao art. 5º da Lei Maior pátria que dispõe que:

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Além disso, ante a inserção do inc. LXXVIII no rol dos direitos fundamentais, não se discute mais a natureza constitucional do princípio da razoável duração do processo, eis que desde a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica,

²²⁴ HOFFMAN, Paulo. O Princípio da Razoável Duração do Processo. In OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (org.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 324.

²²⁵ *Ibid.*, p.290.

²²⁶ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 115.

²²⁷ DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à emenda constitucional 45/2004: os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 29.

em 1992, ao ordenamento jurídico brasileiro, já possuía *status* constitucional, coadunando com todas as outras normas preexistentes na Carta Magna. Ao mais, lei posterior não revoga esse direito em tela, em virtude do princípio que proíbe o retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Tendo em vista o que acaba de ser exposto pode-se afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil se incorporam no Direito interno brasileiro e já configuraram vários níveis hierárquicos, a depender do defensor do momento, eis os posicionamentos, como: Emenda Constitucional, Direito suprallegal, direito constitucional e como direito ordinário.

Apesar de fortes posicionamentos em sentido contrário²²⁸, o STF mantinha o entendimento de que os tratados internacionais de qualquer natureza, mesmo sobre direitos humanos, ingressariam no ordenamento interno

com caráter de **norma infraconstitucional**, guardando estrita relação de **paridade normativa** com as **leis ordinárias** editadas pelo Estado Brasileiro (RTJ 83/809 e Informativo STF n. 73 – DJ 30,5,97), podendo, por conseguinte, ser revogados (*ab-rogação* ou *derrogação*) por norma posterior e ser questionada sua Constitucionalidade perante os Tribunais, de forma concentrada ou difusa.²²⁹ (grifado)

Em um quadro comparativo com o direito português, o professor Alexandre de Moraes, citando o mestre lusitano J.J Canotilho defende:

A constituição Portuguesa contém em seu art. 8º regra absolutamente semelhante em relação aos tratados e atos internacionais, sendo que Canotilho e Moreira assim concluem: as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à *subordinação à Constituição* – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou seus princípios (...)²³⁰

Ocorre que, a partir da EC 45/04, vislumbra-se duas situações distintas: uma, os tratados internacionais sobre direitos humanos que vinham sendo incorporados

²²⁸ Dentre eles, podemos citar, Ada Pellegrini, Pedro Lenza e Cândido Rangel Dinamarco, ao ressaltar que “discute-se se as normas contidas em tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 consideram-se integradas ao sistema de garantias individuais contido no art. 5º desta, ou simplesmente fazem parte do direito nacional, em nível infraconstitucional. Deve prevalecer a primeira dessas propostas, em virtude da redação do §2º do art. 5º constitucional, bem como em razão do destacado espírito garantístico da Constituição”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p. 73)

²²⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.111.

²³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo. Atlas. 2004. p. 591.

ao ordenamento jurídico pela via normal, de acordo com a jurisprudência tradicional do STF, continuam tendo força de lei ordinária, pois seguem o procedimento legislativo semelhante ao da lei ordinária, isto é, aprovação por maioria simples em um turno de discussão e votação; outra situação, quando esses tratados sobre direitos humanos, e apenas os de direitos humanos, para serem incorporados submetem o equivalente às emendas constitucionais, tendo, portanto, força constitucional, pois devem obrigatoriamente, ser aprovado em cada Casa Legislativa, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, submetem, então, a um rito especial e rígido.

Pode-se afirmar agora, sem maiores discussões, em conformidade com o art. 5º, § 1º da Carta Magna de 1988 que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” que o direito à duração do processo em tempo razoável possui “*status* constitucional” desde 1992, quando o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, já que a Constituição Federal de 1988 dispõe que os tratados internacionais sobre direitos humanos equivalem à emendas constitucionais.

Nessa linha de entendimento, o intérprete deve procurar imprimir sempre eficácia plena ao vetor constitucional, em obediência ao princípio da máxima efetividade em matéria de hermenêutica constitucional, e em virtude do previsto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que ordena a “aplicação imediata” das normas que estabeleçam direitos e garantias individuais²³¹. Ademais, mesmo diante de condições adversas, como a falta de recursos financeiros para consagrar determinados direitos sociais, ou a colisão entre direitos fundamentais, o jurista não pode deixar de trabalhar sempre na perspectiva de concretizar os direitos fundamentais o mais amplamente possível, em razão também dessa sua aplicabilidade imediata.²³²

Pois, pelo princípio da ótima concretização da norma, toda a interpretação constitucional que possui significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, deve estar a ele submetido, assim é o pugnava o autor Konrad Hesse²³³.

²³¹ PIRES, Renato Barth. A reforma do Poder Judiciário e o direito à “razoável duração do processo”. *Revista TRF 3ª Região*, São Paulo, v. 62, nov. e dez. 2003, p. 28. Seguindo mesmo entendimento: SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça: notas à Emenda Constitucional nº 45*, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 17.

²³² GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 79-80.

²³³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 22-23.

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna é ressaltado pelo Tribunal, conforme ementa do REsp 678.407/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 17.05.2005, *in verbis*:

Processo civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Responsabilidade solidária. Afastamento com fulcro em exegese contratual. Alegação de existência de solidariedade por força de lei. Não apreciação. Omissão caracterizada.

- Se o embargante sustenta a existência de solidariedade com fulcro em texto de lei e o Tribunal limita-se a afastá-la em razão de exegese contratual, evidencia-se a omissão do julgado.

- A reincidência na omissão por parte do Tribunal de origem constitui não só violação ao art. 535, II, do CPC, como, também, violação ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

- Recurso especial provido. (REsp 678.407/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.05.2005, DJ 05.02.2007 p. 218) (grifado)

Com toda essa clareza, já discutiu-se muito se a norma era preceptiva, isto é, de imediata aplicação pelos poderes estatais, sobretudo o Judiciário, ou programática, cuja concretização demandaria a regulamentação por meio de lei infraconstitucional. Enfim, a maior doutrina defende que os Tratados Internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

4.3 Prazo Razoável E Os Critérios Para Determinação Da Duração Razoável Do Processo

Apesar de superado o embate acerca da aplicabilidade dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, resta agora saber a real extensão do princípio da celeridade, em especial, no sentido de fixar-se parâmetros acerca do que se poderá vir a entender por “razoável” quanto a tramitação de um processo.

O texto constitucional tratou a matéria com a seguinte redação: LXXVIII – *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Em um primeiro momento, já se pode adiantar que o princípio em apreço revela uma norma de ordem cogente, destinada a garantir o cidadão contra a morosidade

na prestação jurisdicional ou administrativa, endereçando uma diretriz não somente ao poder judiciário e executivo, mas também ao legislativo, como verificar-se-á adiante.

Verificado que a demora em oferecer uma prestação jurisdicional eficiente viola o direito ao acesso à justiça e que a Constituição garante a duração do processo em “prazo razoável”, faz-se necessário analisar qual seria esse prazo e suas nuances.

Mas afinal, o que se pode entender por uma duração razoável do processo?

Não pode aqui tratar do tema visto sob um ângulo estritamente objetivo, sob pena de incorrer em afronta direta ao princípio da igualdade material, tão defendida pela Carta Magna. Com efeito, o que pode ser tido como duração razoável para um, pode não o ser para outro.

Basta imaginar uma situação onde duas ações que seguem o mesmo rito ordinário, sendo que na primeira há necessidade de larga dilação probatória, com oitiva de testemunhas, produção de prova pericial, expedição de cartas precatórias, etc. Já a segunda, demanda um julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, do CPC, por versar matéria exclusivamente de direito, e não necessitar de produção de provas em audiência. Seria até ilógico conceber, por exemplo, um prazo padrão de 4 anos para todas as ações que seguissem o rito ordinário, pondo na mesma balança valores com pesos evidentemente diferentes. Pois o que seria célere para a primeira (na maioria das vezes impossível de cumprir), seria morosa para segunda.

No entanto, há quem entenda, que o processo deveria ter um “prazo fixo”. Assim se posiciona Aury Lopes Júnior ao afirmar que “as pessoas têm direito de saber, de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo concreto (...) é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão”²³⁴.

De acordo com André Luiz Nicolitt, os doutrinadores que defendem a necessidade da fixação do prazo, o fazem se baseando em três argumentos principais, quais sejam, que “é uma exigência do Estado Democrático de Direito”, que “a não fixação deixa uma margem de grande arbitrariedade ao juiz” e que “a fixação de prazo é consequência do princípio da legalidade”²³⁵.

Em contrapartida, há aqueles que defendem a não fixação de prazo já que seria impossível estabelecer um prazo fixo para regular todos os processos que existem

²³⁴ LOPES JR, Aury. *Apud.*, NICOLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p.24.

²³⁵ NICOLITT, *op. cit.*, p. 26.

e todos os que possam surgir. Segundo André Luiz Nicolitt “mais importante do que a fixação de prazo é a definição de sanções, ou efeitos da violação”²³⁶.

O autor acima citado, defendendo ainda o “não-prazo”, dispõe:

Pensemos na hipótese de o legislador fixar um prazo. Findo este a defesa ainda necessita de diligências probatórias que não se realizaram em tempo e são tidas por imprescindíveis. Seria impensável pôr fim ao processo em prejuízo da defesa, ou mesmo pôr-se em atropelos a fim de “cumprir a meta”²³⁷.

Nesse senda, oportuno lembrar que a Lei nº 9.245/95 acabou por revogar, ante a total ausência de efetividade, o artigo 281 do CPC definia legalmente a duração completa do processo sumaríssimo em 90 (noventa) dias²³⁸.

Francisco Wildo Lacerda Dantas, processualista alagoano, conclui que a questão não pode ser resolvida por meio de simples operação aritmética²³⁹. De fato, o que se deve buscar assegurar é a duração razoável do processo considerado globalmente, e não o cumprimento absoluto dos prazos previstos para cada ato processual previsto em lei²⁴⁰.

Ademais, a fixação de um prazo constitui uma medida inviável²⁴¹. Pois, não é suficiente verificar qual o tempo transcorrido, mas principalmente determinar como este tempo foi empregado.

De fato, o estabelecimento de sanções ao Estado, assim como aos serventuários da justiça, como a indenização pecuniária através de ação própria de indenização em que se busque a responsabilização estatal seria uma forma de obrigá-los a observar a razoável duração do processo, além de ressarcir o cidadão pelos prejuízos decorrentes da violação de seu direito.

É cediço que, não há como definir qual seria o prazo razoável para a solução de um litígio. Percebe-se, entretanto, que o prazo razoável é aquele em que se aliam os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com a garantia de uma prestação jurisdicional eficaz e adequada, sem protelações e com o mínimo de

²³⁶ *Ibid.*, p. 31.

²³⁷ NICOLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p.31.

²³⁸ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da Duração Razoável do Processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 34, jan. 2006, p. 65.

²³⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A Reforma das Leis Processuais. *Revista da ESMAFE 5ª Região*, n.10, dez. 2006, p. 141-142.

²⁴⁰ PIRES, Renato Barth. A reforma do Poder Judiciário e o direito à “razoável duração do processo”. *Revista TRF 3ª Região*, v. 62, nov./dez. 2003, p. 27.

²⁴¹ NICOLITT, *op. cit.*, p. 26.

burocracia possível. Para tanto, deve-se examinar, prioritariamente, caso a caso, a distinta razoabilidade, pois.

É nesse sentido, que deve-se buscar o conceito de razoabilidade do prazo para solução dos litígios, com base em circunstâncias específicas, apreciadas caso a caso.

Saliente com muita propriedade para o tema, Danniele Annoni, que a razoabilidade do prazo envolve o equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade que garantem a justiça aplicada ao caso concreto:

Relativos à questão coexistem dois pressupostos, em princípio antagônicos: o da *segurança jurídica*, que legitima o lapso temporal decorrente da tramitação do processo e do julgamento de causas mais complexas, e da *efetividade*, que reclama que a decisão final não se procrastine além do devido²⁴².

Sobre o tema, Maria Elisabeth de Castro Lopes e João Batista Lopes afirmam ser essa questão, intrinsecamente, interligada ao princípio da efetividade. Confira-se:

Tem-se observado, em trabalhos acadêmicos, certa confusão entre *celeridade e efetividade*. [...] a celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Com maior rigor técnico e à luz da Emenda constitucional n.º 45, aos jurisdicionados se deve garantir a *razoável duração do processo* que, entre outros critérios, terá de levar em consideração a complexidade da causa.²⁴³

Na mesma toada é a lição de Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti:

Ainda não podemos verificar qual seria o conceito de razoável duração, porém podemos entender esta expressão como o tempo suficiente para a completa instrução processual e adequada decisão do litígio, e da mesma forma, capaz de prevenir danos conseqüentes da morosidade da justiça, assegurando a eficácia da decisão²⁴⁴.

²⁴² *Ibid.*, p.132.

²⁴³ LOPES, Maria Elisabeth de Castro; LOPES, João Batista. Princípio da Efetividade. In OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 324.

²⁴⁴ DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à emenda constitucional 45/2004: os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005. p.32.

É imperioso salientar que, segundo a doutrina, e incluindo a de André Luiz Nicolitt²⁴⁵, não há uma definição exata para este termo já que se trata de um conceito indeterminado e que a duração do processo depende de vários fatores como a complexidade da causa, a atuação das partes e a atuação das autoridades judiciais (critérios preceptivos) bem como a importância do litígio para os recorrentes e o contexto no qual se desenvolveu o processo (critérios facultativos).

A partir desses critérios e diante de casos concretos é que se pode definir seu alcance, lembrando que não é o mero descumprimento de prazos que viola a garantia da *razoável duração do processo*, mas também questões relativas a dilações indevidas e à forma como está estruturado, no caso, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), responsável pela promoção de uma economia competitiva, por meio da prevenção e da repressão de ações danosas, constituído por três órgãos que, muitas vezes, executam atividades que poderiam se concentrar em apenas um deles.

Todavia, ao lado das dificuldades de articulação entre o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça Brasileiro), SDE (Secretaria de Direito Econômico) e SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda) e da excessiva burocracia, a morosidade aparece como o principal alvo de críticas, como destaca Áurea Regina Sócio Ramin:

A morosidade das análises é, inequivocamente, a principal crítica que se faz ao SBDC. A demora dos julgamentos e a burocratização do processo acabam rotulando o Sistema de ineficiente. [...]

De fato, a demora da análise toma ainda maior proporção nos processos administrativos, em que a defasagem entre o tempo utilizado para conclusão da análise ainda é muito superior em relação ao tempo legalmente previsto.²⁴⁶

A vertente traçada com mais proficiência acerca dessa questão, foi a do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), elaborando critérios para chegar ao conceito do que seria razoável quanto à duração do processo, concluindo que, deve-se analisar quatro critérios para o caso concreto, quais sejam: a importância do litígio para o interessado, a complexidade do processo, bem como o comportamento do requerente e das autoridades competentes envolvida no processo.

²⁴⁵ NICOLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p.15.

²⁴⁶ RAMIN, Áurea Regina Sócio. *As Instituições Brasileiras de Defesa da Concorrência*. Brasília: Fortium, 2005. P. 76-78

Assim, essa classificação é adotada por todos os Tribunais que apreciam a matéria, em razão da tamanha influência ocasionada pela TEDH. Nessa senda, calha trazer os ensinamentos de Danielle Annoni²⁴⁷:

Não coincidentemente, os critérios adotados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são os mesmos adotados pelo Tribunal Europeu, quais sejam: a complexidade do caso, a conduta das partes e a conduta da autoridade competente que apreciou o caso na ordem interna. Isso se deve a um simples fato: a experiência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que herdou a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos e da extinta Comissão Européia de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Corte Européia mantém firme o posicionamento no seguinte sentido:

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, assim como da do TEDH, que há que apreciar o carácter razoável do prazo em função das circunstâncias próprias de cada processo e, designadamente, **do que está em jogo no litígio para o interessado, da complexidade do processo, bem como do comportamento das partes e das autoridades**. No entanto, visto que a razoabilidade da duração de um processo tem de ser apreciada em função das circunstâncias de cada processo mediante uma série de pontos de vista, uma comparação com outros processos - como, por exemplo, o processo *Baustahlgewebe* - pode, quando muito, ser um ponto de referência para essa apreciação.²⁴⁸ (grifado).

No que pertine a importância do litígio para o interessado, o que se deve ter como norte é a repercussão que uma solução tardia do empasse possa acarretar na esfera jurídica daquele que pleiteia um provimento.

Esse critério do interesse ou valor em jogo, designado pelos italianos de “*posta in gioco*”, consiste na averiguação das conseqüências derivadas da mora para a pessoa que denuncia o atraso. É possível adotar-se, para os fins aqui explicitados, uma hierarquização dos pleitos levados à apreciação do Poder Judiciário. O TEDH formulou a seguinte escala de prioridades com base no conteúdo dos processos: 1) processos penais; 2) processos sobre o estado e a capacidade das pessoas; 3) processos trabalhistas e de seguridade social; 4) os tipos residuais²⁴⁹.

O prolongamento excessivo de um processo penal, via de regra, gera conseqüências mais graves do que as de um litígio puramente patrimonial, porquanto no

²⁴⁷ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005, p.156.

²⁴⁸ Disponível em <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>> acesso em 25 de março de 2010.

²⁴⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p.90-91. In: PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 163.

processo penal discute-se sobre o direito à liberdade, razão pela qual o zelo do julgador, nessa hipótese, há de ser superior. Assim, quanto mais relevante o interesse versado na lide, menor deve ser o seu tempo de tramitação²⁵⁰.

Essa situação é vista com relação ao próprio direito material em conflito, procurando analisar, caso a caso, certos fatores determinantes como o perigo de ineficácia ou ineficiência do provimento jurisdicional e a urgência do provimento.

Nesse tom, deve-se haver, por parte dos julgadores, uma verdadeira ponderação de valores a exigir uma maior diligência em determinados casos, como consequência da urgência demandada pela própria situação em tensão.

Aliás, nunca é demais dizer que essa apreciação da necessidade ou da importância da lide já é realizada todos os dias pelos julgadores ao apreciarem a viabilidade da concessão de medida antecipatória dos efeitos da tutela ou mesmo de medida cautelar.

Em outra passagem, Samuel Miranda Arruda²⁵¹ aponta que, o critério em questão não tem relação com um juízo de razoabilidade temporal, mas sim com o sopesamento de compensações que seriam devidas à parte lesada. Também se reconhece no Brasil, a importância do objeto discutido na lide e sua repercussão para a parte prejudicada pela demora.

Enfim, esse é o principal critério adotado pelas diversas cortes para delimitação do valor da indenização a título de danos morais. Ocorre que, em caso de excessivo retardamento no trâmite processual, é atribuído ao prejudicado o direito à indenização, mesmo em casos de interesse meramente patrimonial.

O outro requisito a ser levado em consideração é a complexidade do processo, que tanto pode relacionar-se com a matéria, os fatos da causa, o direito aplicável à causa, a natureza da lide, o procedimento exigido pela ela, a quantidade de pessoas implicadas nos fatos. Neste sentido, uma série de fatores pode tornar uma causa complexa tais como, a necessidade da larga instrução probatória, com oitiva de testemunhas residentes em outro foro, realização de perícia, nomeação de intérpretes, multiplicidade de incidentes processuais suscitados pelas partes; ou mesmo quando houver reunião de vários processos para julgamento simultâneo, como nos casos de conexão ou continência; intervenção de terceiros em que há uma verdadeira ampliação

²⁵⁰ *Idem., Ibidem.*

²⁵¹ ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2006, p. 311-313.

subjetiva da lide e em alguns casos até objetiva; necessidade de expedição de carta precatória ou rogatória para citações e diligências, etc.

Assim, por exemplo, uma lide que verse meramente sobre questões de direito, inexistindo controvérsias fáticas, exigirá muito menos tempo de tramitação em comparação com outra que demande extensa produção probatória.

Interessante atentar para os processos repetitivos, ou seja, litígios com matéria controvertida unicamente de direito e idêntica, sem necessidade de produção probatória, ou como mais comumente denominada de demandas em massa²⁵², como por exemplo, o pleito de reajuste ou de gratificação que beneficie grande número de servidores; pretensão de correção monetária das poupanças com depósitos em determinado período etc. Portanto, casos como esses, detecta-se a extrema simplicidade da matéria, sendo lícito exigir-se um grau mais elevado de celeridade na resolução da lide.

Quando a complexidade advier da reunião de processos, quer seja pela oportunidade quer pela necessidade, a fim de se evitar decisões conflitantes, a análise da razoabilidade quanto à duração do processo há de ser vista em consideração a todos os processos reunidos, e não somente em relação a um. Nesse sentido:

Entre outras por razões de economia processual, é por vezes permitido, e em certos casos até necessário, apensar diversos processos para serem julgados em conjunto ou para harmonizar a sua resolução. Por isso, a fim de analisar a questão da razoabilidade, não se pode aqui considerar isoladamente o presente processo, devendo ter-se em conta a totalidade dos processos de que o Tribunal de Primeira Instância conheceu em paralelo ou que foram parcialmente apensos.²⁵³

Ainda extremamente importante para o deslinde da causa em tempo razoável diz respeito ao comportamento das partes no processo.

Ninguém nega a possibilidade das partes poderem utilizar todos os meios disponíveis no processo civil para demonstrar sua pretensão ou defesa. Pois, se existe uma gama tão vasta de recursos, exceções, meios de impugnação, sucedâneos recursais,

²⁵² A Lei nº 11.277/2006, um dos projetos de lei aprovados no Congresso Nacional para o combate da morosidade processual, disponibiliza ao magistrado uma ferramenta de grande relevância para a concretização dessa celeridade, incluindo o artigo 285-A do CPC: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

²⁵³ Processo C-194/99 p – parágrafo 243, Thyssen Stahl AG contra Comissão das Comunidades Europeias. Disponível em <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>> acesso em 25 de fev. de 2010.

incidentes processuais, entre outros meios, tudo ofertado pelo próprio Estado oferece, por intermédio do ordenamento jurídico interno, as partes têm mais é que usufruir do que lhes é posto à disposição. Por outra nota, lutar pela simplificação dos procedimentos, é dever do Estado.

No entanto, há de se considerar que, essa abertura de utilização de meios processuais deve ser limitada aos deveres que as próprias partes têm de participar de um processo justo (*fair process*), com vistas a uma rápida e efetiva solução do litígio.

Dentro da sistemática do processo civil moderno, as partes são livres para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos. Mas essa liberdade há de ser disciplinada pelo respeito aos fins superiores que inspiram o processo, como método oficial de procura da justa e célere composição do litígio.²⁵⁴

A discussão acerca da influência da parte na protelação do processo possui maior destaque no âmbito penal, quando o apenado encontra-se preso preventivamente por um prazo superior a 81 dias no procedimento ordinário, sem que haja sido julgado.

Nessas hipóteses, é bastante comum no meio forense a tática de advogados de defesa que procuram protelar o feito, na tentativa de expirar o prazo de 81 dias a fim de fundamentar eventual ordem de *habeas corpus* por excesso de tempo na prisão cautelar. É evidente que nesses casos, não pode a parte que deu causa a prorrogação da instrução criminal, posteriormente alegar prejuízo por esse motivo, pois ninguém pode alegar a própria torpeza em seu proveito. Não destoa desse raciocínio, o entendimento já pacificado no STJ para o qual não é possível deferir ordem de *habeas corpus* por excesso de prazo quando esse mesmo excesso foi fruto da conduta da defesa.²⁵⁵

Portanto, o comportamento da parte, nestes termos, é fundamental para verificar em cada caso se o processo obedece ou não a um prazo razoável.

Para aferir acerca da razoabilidade do tempo transcorrido no caso concreto, deve ser observado se o demandante prejudicado cumpriu diligentemente com suas obrigações, deveres e ônus processuais, ou se, pelo contrário, manteve conduta dolosa, propiciando o atraso na prestação jurisdicional, mediante a interposição de questões incidentais manifestamente improcedentes, de recursos abusivos e protelatórios, ou

²⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

²⁵⁵ PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. - CAUSA. HABEAS CORPUS ACERTADAMENTE INDEFERIDO NA ORIGEM, DESDE A VERIFICAÇÃO DO RETARDAMENTO DA INSTRUÇÃO MOTIVADO POR DILIGENCIAS INSISTIDAS PELA PROPRIA DEFESA. (HC 665/DF. Min. José Dantas. DJ 20.05.1991) disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=excesso+prazo+pris%E3o+preventiva+defesa+dilig%EAncias&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=27> acesso em 20 fev.de 2010.

ainda, provocando injustificadas suspensões do juízo oral. Tem plena vigência no ponto sob análise o princípio geral do direito, segundo o qual a ninguém é dado alegar em seu favor a própria torpeza, e também a proibição do *venire contra factum proprium*.²⁵⁶

Desse modo, quanto à produção probatória, e quando esta diligência, requerida pela parte, for procrastinatória, deve o magistrado indeferi-la, sob pena de gerar indenização e de ferir o princípio da razoável duração do processo. Caso diverso ocorre quando, como, por exemplo, quando a parte não comparece à audiência em que seria ouvida, reiteração de adiamentos de audiências requeridos pela parte, ou também, quando em razão de freqüentes trocas de advogados, etc. Nesses casos, não há como se imputar culpa à administração da justiça, pois são condutas incompatíveis com o pleito de indenização, eis que a responsabilidade pela produção probatória é da parte.

É importante analisar ainda o quarto critério para se constatar a excessiva duração do processo ou não, o qual restringe-se na conduta das autoridades envolvidas no processo, destinatários que são, ao lado da Administração Pública, da norma constitucional que assegura às partes o direito fundamental à razoável duração do processo.

Esse critério não é simplesmente para analisar, se houve culpa por parte do órgão julgador na demora da solução do litígio. Pois, concorrem para a definição do processo em um tempo razoável, todos os componentes do órgão judicial e demais auxiliares da justiça, dentre eles, escrivães, oficiais de justiça, peritos técnicos, analistas e técnicos judiciários, além de diversas outras autoridades. Assim, pode-se afirmar que em menção à conduta das autoridades envolvidas no processo compreende a atuação dos poderes públicos de forma geral, conforme se verá no próximo tópico.

Pode acontecer de os funcionários envolvidos com a demanda não se conduzirem com dolo ou culpa e, mesmo assim, a lenta tramitação ensejar a comprovação da lesão²⁵⁷.

Cumprido ao magistrado que conduz a causa, determinar a realização apenas das providências que tenham pertinência com o caso concreto. Veja-se, por exemplo, se a causa versar matéria exclusivamente de direito, admitindo julgamento antecipado da lide (art. 330, I do CPC), ou se se tratar de direito que não admite transação, e mesmo

²⁵⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p.80-81.

²⁵⁷ ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2006, p. 309.

assim, o juiz designar audiência preliminar, estará dando margem a uma protelação indevida do feito.

A demora, nesses casos, deve ser atribuída a uma conduta do próprio órgão julgador, judiciário ou administrativo, como o excesso de prazo na prolação da sentença, e não o atraso decorrente de uma conduta protelatória da parte, como seria o caso da demora na prolação da sentença ser decorrente de uma longa instrução processual causada pela parte.

Pasmem! Observa André Luiz Nicolitt²⁵⁸, ainda sobre a matéria, que não se pode aceitar como justificativa a imprecisão do texto legal para negar efetividade à norma constitucional que foi consagrada também por instrumentos internacionais. Adverte, outrossim que, não pode o preceito constitucional ser interpretado de forma discricionária sem se orientar por critério algum.

Por fim, interessante lembrar que, o projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) alguns dos seus artigos prevê uma regra para o desenvolvimento deste princípio, confira-se:

Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

4.4 A Postura Do Poder Público Na Busca De Um Processo Mais Razoável, Célere E Efetivo

Os direitos fundamentais, na medida em que constituem decisões fundamentais acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, positivadas na Constituição, retiram-se da esfera de livre disponibilidade dos poderes públicos.

A determinação da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, de acordo com o disposto no §1º, do art. 5º da CF/88²⁵⁹, transmite regra obrigatória ao Estado, em suas três esferas de poder, de forma a inferir-se a imposição de deveres de respeito e realização dos direitos fundamentais.

²⁵⁸ NICOLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 11-15.

²⁵⁹ Art.5º,§ 1º,CF: “ As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Assim, para cumprir a atribuição constitucional de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia, o legislador, o administrador e os juízes ficam obrigados não somente a respeitá-los, bem como a promover condições de realização efetiva dos direitos fundamentais e protegê-los das ameaças provindas de terceiros.

Já se teve a oportunidade de verificar que o preceito constitucional do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal²⁶⁰ não é norma dirigida apenas aos órgãos julgadores, no âmbito judiciário e administrativo, mas também ao legislativo.

Verifica-se, ante todo o exposto, que é certo que a duração do processo em tempo irrazoável, em que pese não existir definição exata para “prazo razoável”, viola o direito fundamental ao acesso à justiça como também o direito fundamental à razoável duração do processo, ensejando, inclusive, conforme a maior parte da doutrina e a jurisprudência recente, a Responsabilização Civil do Estado.

Sobre o assunto leciona Danielle Annoni:

A garantia à tutela jurisdicional em tempo razoável é, com efeito, direito fundamental do homem, cuja não-efetivação cobra do Estado a responsabilidade pelos danos, materiais e morais, frutos de um estado de ansiedade, descrédito e insegurança, que forem suportados pelos jurisdicionados, quando no exercício de seu direito maior: o acesso à justiça²⁶¹.

É inconcebível que em um mundo moderno, capaz de enviar informações de uma parte a outra instantaneamente ou de transmitir uma guerra em tempo real, a burocracia, o formalismo e a falta de estrutura mantenham o Poder Judiciário arcaico e ineficaz.

Nesse contexto, importante também observar que a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o art. 103-B à Constituição Federal, possibilitou que qualquer interessado elabore uma representação no Conselho Nacional de Justiça- CNJ contra o magistrado que violar o direito à razoável duração do processo.

Não se poderia deixar de tecer algumas breves considerações acerca do princípio da celeridade processual direcionada ao âmbito dos processos administrativos.

²⁶⁰ Art.5º,LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

²⁶¹ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 171.

A Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4 de junho de 1998 dava um importante passo na busca da efetividade da atuação administrativa, ao inserir no rol dos princípios norteadores da atividade administrativa, a eficiência.

De plano, já é notório perceber a íntima relação existente entre os dois princípios constitucionais. Com efeito, no intuito de realizar os direitos dos cidadãos, a Administração não pode se desvirtuar de seu papel de gestor do interesse público, uma vez que é exatamente este que lhe dá suporte e o concebe como atividade legítima. Do contrário, estaria diante de um Estado arbitrário, sem noções do que se pode entender por democracia.

Assim, consciente dessa realidade, torna-se imperioso exigir da Administração uma atuação célere, sem formalismos, com audiência do interessado, permitindo acessibilidade aos elementos do expediente, dentre outros, a fim de alcançar o objetivo maior da satisfação do interesse público com eficiência.

Por conseguinte, em relação ao outro Poder Estatal, o Poder Legislativo, pode-se afirmar, realmente que, o referido dispositivo faz seu direcionamento, trazendo em sua parte final a oração “e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

O papel do legislativo será de suma importância na garantia de um processo célere, a quem incumbirá aperceber-se da realidade do sistema processual vigente, buscando adequá-lo a realidade brasileira, inclusive com a participação de toda a sociedade jurídica. Para isso há inúmeras possibilidades para se definirem medidas capazes de tornar o processo mais ágil, tais como a ampliação das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, aproximando o processo do direito material discutido, abrindo espaço para as ações de cognição sumária e não exauriente e por outro lado, ampliando o rol de causas abrangidas pelos juizados especiais.

Nesse sentido, Antônio Carlos Marcato sustenta:

Surge então a necessidade de adoção de técnicas adequadas à obtenção de *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, que levam em conta a efetividade do resultado desejado pela parte e os instrumentos para tanto necessários, na medida em que a coincidência do resultado de um trabalho com o propósito para o qual foi desenvolvido depende sempre da adequação dos meios ao fim. Afinal, se o bom senso indica a diversidade de objetivos a serem alcançados pela prestação jurisdicional, esta, tanto quanto os instrumentos necessários à sua concretização, não podem ser unitários.²⁶²

²⁶² MARCATO, Antônio Carlos. *Material de leitura facultativa do curso de pós-graduação em direito processual civil da UNISUL*. 2005. p. 8.

Aliás o legislador já vem demonstrando sua preocupação com essa necessidade há um certo tempo, a ponto de ter introduzido no bojo do Código de Processo, algumas medidas extremamente úteis a uma rápida e efetiva solução da lide v.g o julgamento antecipado da lide; as decisões monocráticas no âmbito dos Tribunais; a desnecessidade de observância da **reserva de plenário** quando a matéria já houver sido apreciada pelo pleno do próprio Tribunal ou pelo pleno do STF, dentre outras.

Toda essa situação nos leva a perceber que a antiga dicotomia sustentada pelos conceitos da fase clássica do processo civil, especialmente na necessidade de se firmar como matéria autônoma em relação ao direito material, não mais comporta os mesmos absolutos. Não que se queira afirmar que o processo civil não tem autonomia.

O fato é que se impõe hoje, até mesmo pela própria realidade do judiciário brasileiro, o reconhecimento de um processo civil funcional, instrumental aos propósitos a que se destina; um processo com o objetivo maior de promover a pacificação social, onde as formas deixam de ser consideradas fins em si mesmas e passam a servir de meio legitimante da manifestação do poder Estatal de jurisdição.

O que ocorre é que a *necessária* aproximação dos planos do direito material e do processo definitivamente conduz o estudioso a conclusões que, muitas vezes, destoam daquelas que se habituou a saber, justamente porque as soluções "clássicas" foram lançadas em época em que o processualista precisava justificar a *independência* de seu objeto de estudo, distinguindo-o, separando-o, *opondo-o* ao direito material (4). Falar de processo civil à luz do direito material àquela época era cometer sincretismo metodológico imperdoável. Hoje, o contexto é outro, genuinamente invertido.²⁶³

Ainda na lição do doutor Fredie Didier Jr.

As regras processuais são construídas a partir das características da situação jurídica substancial que venha a ser deduzida no ato postulatório. Assim, é impossível e imprestável qualquer estudo do processo civil que se faça sem que se estabeleça o devido confronto com as regras de direito substancial, que devem, sempre, ser analisadas, para que se saiba em que medida influenciaram o legislador processual. A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação do Direito Material; ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas.²⁶⁴

²⁶³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil*. São Paulo, Saraiva 2003. p. 3

²⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5 ed. Salvador. 2005. p. 22.

Por isso é tão importante um legislativo atento à realidade, capaz de perceber as dificuldades enfrentadas pelo sistema e apontar soluções, promovendo ainda, as alterações estruturais necessárias na legislação processual a fim de melhor adequá-las ao direito material a que dão suporte.

Quarta Parte

CAPÍTULO 5 – TUTELA DE URGÊNCIA – TUTELA ANTECIPADA

Mais relevante do que ter os direitos é vivenciar os direitos, e, para que isso aconteça efetivamente, é indispensável que os mecanismos de proteção sejam aperfeiçoados no decorrer do tempo, tornando-se mais adequados a sua finalidade e aos desafios. É fato incontestável que o homem está em constante busca por uma vida melhor, e isso resulta na exigência de maior efetividade dos já existentes meios de garantia de direitos e no alargamento dos espaços de defesa e proteção.²⁶⁵

Na tentativa então de vivenciar e efetivar os direitos, surge a tutela de urgência, como uma medida de combate à morosidade excessiva e à burocracia dos procedimentos implicativos na ausência de efetividade processual.

Neste capítulo, buscar-se-á estudar os fundamentos, antecedentes e instrumentos da tutela de urgência; um item próprio para a tutela cautelar e outro para a tutela antecipada.

No que tange ao tópico 5.4, referente à tutela antecipada, demonstrar-se-á o surgimento e desenvolvimento do instituto da antecipação da tutela no Brasil; seu conceito; os elementos característicos: semelhanças e distinções entre tutela antecipada e tutela cautelar; adiante algumas hipóteses de cabimento; e por fim, as modalidades e requisitos para concessão da tutela antecipada.

5.1 Fundamentos e Antecedentes Históricos

Com o crescimento e a complexidade das relações jurídicas, e a consequente multiplicação dos conflitos de interesses, a prestação jurisdicional do Estado tornou-se cada vez mais lenta, demorada e de difícil prontidão nas decisões.

²⁶⁵ TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *Processo Ambiental – uma proposta de razoabilidade na duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2009, p.63.

A morosidade da prestação jurisdicional do Estado sempre afligiu juristas, legisladores e jurisdicionados, os quais buscam do Poder Judiciário uma solução para a lide concreta existente entre partes.

Essa demora na tramitação dos processos há muito vinha sendo fonte de preocupação para os operadores do Direito, pois implicava em um grande risco à concretização do direito subjetivo material. Dita morosidade, que contamina a justiça e a antiga e respeitável cultura jurídica²⁶⁶, é considerada um “mal universal”, passando a ser uma espécie de castigo para o autor da demanda e por outro lado, para o réu inadimplente²⁶⁷, uma benesses. Perigo, portanto.

Como dito alhures, o processo apresenta uma série de atos coordenados e interligados entre si, onde se inicia com a distribuição da petição inicial e conclui com a prolação de uma sentença. A relação jurídico-processual obedece um *iter*, ou seja, segue um rito todo pré-estabelecido no Código de Processo Civil e em diversas outras leis extravagantes.

Assim, o início dá-se com a entrada da petição inicial, no setor de protocolo de sua competência, adiante é expedido um mandado de citação, se presentes todos os seus requisitos da inicial, é claro, a fim de que o réu tome conhecimento da demanda, e tenha a oportunidade de se insurgir contra esta pretensão do autor, caso queira.

O meio do processo é aquele onde serão produzidos todos os atos instrutórios, como a tomada de depoimento das partes, a juntada de novos documentos, a ouvida de testemunhas, realização de prova pericial, entre outras provas, tendo como alvo à convicção do magistrado, para que ele se incline sobre a alegação de uma das partes e, com isso, forme o seu convencimento, que obrigatoriamente, conforme reza o artigo 93, IX da Constituição Federal²⁶⁸, deverá ser fundamentado.

A relação jurídico-processual, ao final, é marcado pela sentença, ato mais importante, o qual põe fim ao conflito de interesses, certificando ou realizando o direito dos litigantes no embate judicial, como regra.

²⁶⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 04.

²⁶⁷ Peixoto, Marco Aurélio Ventura. Antecipação de tutela: reflexo da evolução do Processo Civil no Brasil. *In Jus Navigandi*, a. 6, n. 52, 2001.

Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2343>), acesso em 19 de abril de 2010.

²⁶⁸ Reza o artigo 93, IX da Constituição Federal: “**Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. (grifado)

Com isso fica patente que o processo apresenta diversos atos, tendo um início, um meio e um fim. Todo esse caminho que deve ser percorrido, gera uma resposta judicial demorada, inelutavelmente, já que é impossível solucionar a lide sem um certo espaço de tempo²⁶⁹.

Tempo este que, atualmente, tem sido o grande vilão do Judiciário, por se encontrar em tremenda morosidade, onde o autor não poderia aguardar toda a jornada processual para obter uma resposta, em razão do possível perecimento do seu direito material, como visto, o que, por vezes, torna o provimento prestado inócuo diante das necessidades urgentes do demandante. E com certeza, este é o maior motivo de descrença, por parte do jurisdicionado, o tempo, conforme estudado em capítulo anterior.

Misael Montenegro Filho²⁷⁰ costuma comparar o processo a uma árvore que dá frutos: colhê-los sem que tenha amadurecido, corresponde, *mutatis mutandi*, à prolação de uma sentença sem a colheita de provas, quando o processo demandava essa prática; colhê-los quando já amadurecidos a mais tempo do que o devido, corresponde à resposta judicial manifestada tempos depois do que se mostrava razoável.

Diante do dilema, necessidade da rápida solução do litígio e qualidade da prestação jurisdicional, se faz necessário, por parte do legislador, a adoção de medidas em que seja desprestigiada a forma exacerbada, e que o fim prevaleça em relação ao meio²⁷¹.

Nesse sentido, é fácil perceber que um processo judicial demasiadamente lento compromete a eficiência do sistema processual ao pôr em risco a utilidade do provimento final, da mesma forma, ocasiona prejuízo a segurança jurídica ao diminuir a probabilidade de uma sentença final mais justa, quando um processo se apresenta exageradamente célere. Assim, mister evitar os exageros, não podendo portanto ser nem demais, nem de menos, para se obter seja a justiça material, relacionada à idéia de um provimento final útil à época da concretização do comando sentencial, seja a justiça formal.

²⁶⁹ Não obstante, ser o fator negativo do tempo de maior destaque para a seara extraprocessual, sem um período mínimo de tempo, seria impossível assegurar aos jurisdicionados seus direitos fundamentais do processo como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais e a motivação das decisões, e enfim, duração razoável do processo, conquistados do moderno modelo processual, democrático e equilibrado.

²⁷⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 08.

²⁷¹ *Idem.*, *Ibidem.*

Com isso, cada dia mais, passou-se a ter uma grande preocupação com a celeridade do processo, a busca da satisfação do direito e com o acesso à justiça, onde nos últimos tempos tem-se assistido uma reforma dos diplomas legais e várias medidas adotadas pelo legislador, buscando como meta a rápida entrega da prestação jurisdicional e o alcance de um processo de resultados e com duração razoável, portanto.

Não obstante, os inegáveis avanços em direção à efetividade do processo e na busca de atingir os seus escopos básicos - jurídico, político e social - o sistema processual ainda não alcançou plenamente a meta consubstanciada na garantia constitucional do processo, implementada pela EC 45/04, esculpida no artigo 5º, LXXVIII, da Carta Política de 1988, 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”.

Neste desiderato, prevê o ordenamento jurídico, ao lado das regras de simplificação de procedimentos, as formas de tutelas de urgência, que possuem a aptidão de evitar a ocorrência de lesão a direitos mercedores de proteção jurídica, denunciando-as que o autor não pode conviver com a demora na entrega da prestação jurisdicional, sob pena de suportar prejuízo grave ou de difícil reparação. Pois, esses longos períodos temporais pode comprometer, inclusive, a viabilidade do processo enquanto ferramenta de aplicação do direito material e instrumento de pacificação com justiça.

A tutela de urgência²⁷² pode ser conceituada como o complexo de instrumentos de proteção jurisdicional, colocados à disposição dos sujeitos processuais em face da morosidade inerente ao atual modelo processual, utilizáveis em situações emergenciais como meios assecuratórios da regularidade e viabilidade do próprio processo ou do interesse que constitui o seu objeto.

Corresponde a uma modalidade de tutela diferenciada ou tutela sumária, formada pelo complexo de medidas jurisdicionais destinadas a servir provisoriamente aos sujeitos processuais, em situações de emergência e nas quais existe evidência do direito material invocado ou da ameaça ao processo principal, durante o interregno de

²⁷² TEIXEIRA, Sérgio Torres. Peculiaridades da antecipação de tutela enquanto instrumento de concretização da efetividade do processo. In: DUARTE, Bento Herculano, DUARTE, Ronnie Preuss (coord). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2 , estudos em homenagem ao profº Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Metodo, 2007, p.508.

tempo compreendido entre a concretização da lesão (ou ameaça de lesão) e a concretização definitiva da tutela jurisdicional que a protege²⁷³.

O doutrinador Daniel Amorim define tutela jurisdicional como a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material.²⁷⁴

E mais, o conteúdo da tutela jurisdicional depende do direito que se busca proteger pela via processual. Isso significa que, de acordo com a crise jurídica vivenciada no plano do direito material, o provimento jurisdicional atuará de maneira diversa, com o objetivo de produzir resultados úteis às partes.

Assim, é comum a lição que associa a tutela jurisdicional à espécie de crise jurídica que o demandante busca solucionar por meio do processo. Adotando-se esse critério, a tutela jurisdicional será de conhecimento, executiva e cautelar.

Ademais, a tutela jurisdicional oferecida pelo estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva ou tutela padrão obtida com base em cognição exauriente, com observância de todas as garantias constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, havendo portanto o debate acerca do objeto do processo, valorizando a segurança jurídica. Produz coisa julgada, com resultados imutáveis.

Já a tutela provisória, também denominada de tutela diferenciada, sumária ou precária, é aquela marcada pela sumariedade da cognição e pela precariedade. Sendo, portanto, aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva, permitindo o gozo antecipado do pretendido, contudo, será substituída pela tutela definitiva, que a modificará, revogará ou confirmará.

A maioria dos doutrinadores entendem que, a tutela de urgência trata-se de uma categoria de tutela jurisdicional provisória, caracterizada pela necessidade iminente de sua aplicação para assegurar a viabilidade do processo enquanto instrumento de acesso à justiça, sendo gênero do qual são espécies as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela, as quais justificam o magistrado a atuar de forma decisória em uma determinada circunstância do processo em que não seja o momento da sentença final.

²⁷³ *Idem., Ibidem.*

²⁷⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p.30.

As tutelas de urgência possui sua gênese no Direito Romano, mormente nos interditos. Esses interditos do período romano clássico correspondiam a uma tutela diferenciada, criadas pela manifestação do poder de *imperium* dos pretores, ou de outro magistrado a quem foi atribuído tal poder, e consistiam em uma imposição de uma conduta a uma pessoa a requerimento de outrem, para proporcionar maior efetividade ao processo romano. Tinham como característica fundamental a celeridade e a sumariedade, e não se limitavam às questões possessórias, sendo instrumento hábil para resolução de diversos problemas sociais²⁷⁵.

As três principais características alegadas pelos autores de Direito Romano no que tange aos interditos, traçadas por João Batista Lopes²⁷⁶ são: a uma, o fato de serem condicionados a um exame mais profundo dos fatos em caso de descumprimento; a duas, possuir o caráter provisório, eis que revogáveis; a três, possuir o caráter de política administrativa.

Os interditos correspondia, segundo Maria Cristina da Silva Carmignani²⁷⁷ a

uma técnica diferenciada – de antecipação da própria tutela pretendida pelo requerente – inserida no procedimento interdital do processo formulário, para dirimir os efeitos maléficos do tempo decorrente dos trâmites da *actio ordinária*. Era uma tutela diferenciada, concedida pelo pretor, de imediato, entregando ao autor o próprio bem da vida pretendido, mediante prévia cognição, sumária e superficial, fundada em juízo de verossimilhança, em situações que reclamassem urgência, solucionando provisoriamente o litígio, já que a questão seria reexaminada pelo *iudex*, agora mediante cognição plena e exauriente, cuja decisão seria definitiva. A solução encontrada pelo pretor, para preencher o hiato existente entre a propositura da ação e a prolação da sentença, de um procedimento diferenciado, tido como *actio extraordinária*, dotada de uma técnica diferenciada, tornando o processo mais moderno e eficaz, retirando-lhe os excessos de formalismos e atendendo tanto à exigência legal da segurança jurídica – posto que o comando interdital era provisório – como aos anseios sociais por um processo que propiciasse os resultados desejados pelas partes.

As formas sumárias desse instituto em tela, os interditos, que têm por finalidade resguardar o direito subjetivo da parte em face da excessiva demora do procedimento de cognição exauriente, com o passar dos tempos, foram aplicadas nos ordenamentos jurídicos de diversos países, sendo todos, apesar de diferenças

²⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de Urgência - tentativa de sistematização*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

²⁷⁶ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44.

²⁷⁷ CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 56.

terminológicas, marcados das mesmas características essenciais, a saber: provisoriedade, sumariedade e instrumentalidade.

Assim, diversos modelos processuais alienígena possuem institutos análogos à dita tutela de urgência, que igualmente serviram de paradigma para sua devida utilização, senão confira-se com o Código de Processo Civil e Comercial da Argentina²⁷⁸, Código Geral de Processo do Uruguai²⁷⁹, Código de Processo Civil Italiano²⁸⁰. No direito português, não obstante críticas de vários autores lusitanos, houve um equívoco, eis que a tutela antecipada foi disciplinada como uma espécie da tutela cautelar. Já no sistema francês percebe a previsão genérica do poder geral de cautela dos juízes em situações não tipificadas, ao lado da tipificação de várias medidas cautelares específicas, da mesma forma como disciplina o sistema brasileiro.

A origem do poder geral de cautela dos juízes²⁸¹ pode-se extrair da possibilidade criativa de espécies novas que melhor se adequassem ao caso posto, dos pretores em relação aos interditos, ao lado da possibilidade de utilizar dos interditos típicos por esses mesmos pretores.

Indubitavelmente, sentia-se a necessidade de se valorizar a efetividade do processo. A sociedade já estava a exigir um processo de resultados. A morosidade excessiva do procedimento implicava em ausência de efetividade do processo e, por que não dizer, em negação de justiça para o titular do direito material. Isto posto, foi o motivo do surgimento das importantes tutelas de urgências.

5.2 Instrumentos da Tutela de Urgência

²⁷⁸ Artigo 232 do Código Procesal Civil y Comercial: “*Fuera de los casos previstos em los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho éste pudiere 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.*”

²⁷⁹ Artigo 317.1 do Código General del Proceso: “*Fuera de los casos regulados em los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligências, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la desción sobre el fondo.*”

²⁸⁰ Artigo 700 do Codice de Procedure Civile: “*Fuori dei casi regolati nelle precedente sezioni de questo capo, chi há fondato motivo di temere che durante il tempo ocoorrente per far vslere il suo diritto in via ordinare, questo sai minacciato da um pregiudizio imminente e irreparable, può chiedre com ricorso al giudice i provvedimenti dúrgenza appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*”

²⁸¹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Vol. 8. p.77.

Em razão dessa preocupação temporal, criou-se a teoria das medidas cautelares, buscando-se a preservação dos bens envolvidos na demanda morosa. Porém, tais medidas não alcançavam a prestação jurisdicional satisfativa, não deixando de configurar-se uma “denegação de justiça”²⁸².

Verificando-se a insuficiência de se adotar apenas as medidas cautelares, o direito europeu passou a adotar também as medidas satisfativas, antecipando a tutela final pretendida. Pois, existia uma lacuna no sistema processual civil vigente para a tutela de urgência de natureza satisfativa. Para integrar essa lacuna, utilizava-se inadequadamente o processo cautelar e o mandado de segurança contra ato judicial.

Assim, tornou-se necessário que o legislador positivasse o instituto da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, com base em dois objetivos: um de natureza sistêmica, para integrar a lacuna ocupada pelo processo cautelar, pois, como exemplo, pode-se requerer agora no bojo da petição inicial, a tutela antecipada dos efeitos da ação anulatória de título, antes usualmente deduzida por meio de cautelar, a pretensão de sustação de protesto de título.

O outro objetivo é de cunho eminentemente pragmático, para a produção de um resultado único, evitando assim, um duplo processamento, eis que a adoção da antecipação da tutela teve a intenção de fundir, em um só procedimento, a possibilidade de pretensão antecipatória dos efeitos da tutela de mérito. Anteriormente, no processo cautelar, a antecipação da tutela implicava na necessidade de dois processos distintos para a prestação conjunta da tutela antecipatória e da tutela definitiva.

Nesse contexto, com o advento da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, criou-se o instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se numa das mais importantes inovações da primeira reforma processual civil. No mais, este referido instituto da tutela antecipada sofreu algumas modificações e conseqüentes avanços, com a edição da Lei 10.444/02.

²⁸² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 557.

Assim, a antecipação de tutela foi introduzida, positivamente, no ordenamento jurídico brasileiro, como em outros países, para possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional, tentando superar a lentidão da justiça, e evitar o uso desmedido da tutela cautelar como forma de se alcançar a antecipação da solução de mérito desejada, visto que esta não foi elaborada para referida finalidade.

O uso das medidas de urgência deve ser estimulado, como forma de evitar o denominado *dano marginal*, com a demora na entrega da prestação jurisdicional, servindo o processo muito mais ao réu, do que ao autor, que, muitas vezes, consegue logo no início da tramitação da demanda demonstrar ao magistrado, através de juízo de probabilidade, que é titular de pretensão legítima.

Então, pode-se dizer que a ação cautelar foi o primeiro instituto direcionado a amenizar as demoras e os potenciais prejuízos desse "sem-fim" dos processos judiciais, cujo procedimento está previsto no Código de Processo Civil de 1973.

Humberto Theodoro Júnior²⁸³, jurista mineiro, acrescenta:

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua.

Como visto, por força da Lei nº 8.952/94, foi inserido no ordenamento jurídico o instituto da antecipação da tutela, com âmbito de atuação, como regra, às ações de conhecimento. Esse instituto da tutela antecipada genérica tem por mira atenuar e até mesmo evitar os danos e prejuízos causados pela demora na prolação da sentença final, desde que preenchidos certos requisitos vistos a seguir em outro item.

A tutela cautelar e a tutela antecipatória representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório, contudo, substancialmente, elas se diferenciam, como também será mostrado no próximo subitem.

²⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 11ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1989, p. 41.

Nesse sentido, a tutela de urgência trata-se de uma categoria de tutela jurisdicional caracterizada pela necessidade iminente de sua aplicação para assegurar a viabilidade do processo enquanto instrumento de acesso à justiça.

Ante o exposto, as tutelas de urgência é uma categoria de tutela jurisdicional, da qual são espécies as medidas cautelares, tanto as nominadas pelo legislador, como as inominadas oriundas do poder geral de cautela do magistrado, e as medidas de antecipação de tutela em suas três espécies: tutela antecipada genérica do artigo 273 do CPC, tutela antecipada do artigo 461 do mesmo diploma e as medidas liminares antecipatórias, previstas para ações especiais.

Importante destacar que ambas são instrumentos de grande valia para a efetividade do processo, pois se tratam de tutela de urgência. Dentre todas essas espécies processuais serão abordadas mais adiante.

5.3 Tutela Cautelar

Conforme dito alhures, durante muito tempo e com a necessidade de melhor tutelar o direito, houve uma grande desnaturação do instrumento processual da medida cautelar, eis que passou a ser usada de forma “indiscriminada”, buscando-se obter provimento antecipado da tutela jurisdicional pretendida em juízo²⁸⁴.

Dentro da tríplice e consagrada classificação dos processos o cautelar é aquele instrumento que visa auxiliar, subsidiar, tutelar um outro processo, de conhecimento ou de execução, onde objetiva assegurar a permanência ou conservação do estado de pessoas, coisas e provas, enquanto não atingindo o estágio último da prestação jurisdicional. Sem esta ferramenta, o direito material posto em jogo correria perigo de dano, de cair no vazio, ou ainda, de se transformar em uma providência inócua, em razão do perecimento do direito da parte promovente, que ficará prejudicada, em razão do decurso do tempo.

A tutela cautelar tem por finalidade a obtenção de segurança do objeto, visando garantir futura eficácia da prestação da tutela, servindo, portanto, para prevenir

²⁸⁴ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.146-147.

riscos de dano ao objeto do processo, em que o lapso temporal possa causar prejuízo de difícil reparação.

Nesse sentido, vale deixar consignado o ensinamento:

Há de específico, na tutela cautelar, a função de paralisar a atividade deletéria que o tempo produz sobre o direito controvertido, pondo-o a salvo da interminável erosão que a demora na sua solução definitiva, a ser obtida na cognição ou na execução, indispensavelmente acarreta, o que conduz á necessidade de tutelar também o processo em que essa solução vai ser produzida²⁸⁵.

O processo cautelar objetiva assegurar a permanência ou conservação do estado de pessoas, coisas e provas, conforme retrocitado, o ilustre advogado Misael Montenegro Filho²⁸⁶ traz um exemplo, apenas para demonstrar na prática forense como se externa esta medida:

Imagine-se a situação de um portador de um título de crédito que depara com o comportamento do devedor no sentido de alienar todo o patrimônio que se encontra em seu nome, para evitar sejam os bens atingidos por penhora judicial futura, o que reclama o exercício do direito de ação por parte do prejudicado para que seja formado um processo que possibilite o deferimento de uma medida liminar que impeça o devedor de alterar o seu estado patrimonial, providência que é de inegável utilidade para a ação principal, evitando que a execução tivesse o seu seguimento em obstado em vista de não serem localizados bens do devedor passível de penhora.

De acordo com a exemplificação, o prejudicado deve ajuizar uma ação cautelar, a fim de impedir que o devedor se desfaça de todo o seu patrimônio, e com isso, não imponha obstáculos à futura execução.

O objetivo maior do processo cautelar, então, é a concessão de uma medida de urgência, que possa tutelar a situação jurídica em conflito.

A medida cautelar possui a característica de ser provisória e temporária, já que só dura o tempo que se aguarda a solução do processo principal. Sendo uma medida processual de proteção ao direito substancial, logo, não é oferecedor de satisfatoriedade do direito, é temporária e não faz coisa julgada material.

²⁸⁵ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Direito processual-Quatro ensaios*. Ceará:1999, p.119.

²⁸⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.50.

O artigo 796 da Lei Instrumental Civil revela que o processo cautelar pode assumir duas formas diante do principal: a forma antecedente ou preparatória, quando instaurado antes do processo principal; ou pode ser incidental, de modo coexistente ao processo principal.

Ademais, existem dois requisitos específicos para a concessão da tutela cautelar, resumidos nos seguintes brocardos latinos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, os quais envolvem um pedido de urgência.

O *fumus boni iuris* traduz comumente com a fumaça do bom direito, ou melhor, com a probabilidade do direito material trazido em juízo realmente existir. Diferencia-se do requisito próprio da tutela antecipada (verossimilhança da alegação), por ser uma demonstração muito superficial, possuindo um grau de certeza vem menor, portanto, não se exige muito do autor no momento de provar este requisito, se contentando a lei de que apenas seja trazido para o processo um pequeno e superficial juízo de probabilidade do pedido.

O *periculum in mora* é aquele que estabelece que a decisão do magistrado não pode ser tardia, pelo contrário, deve se de imediato, sob pena do autor suportar um prejuízo e ter o seu direito perecido, ocasionando numa ineficácia da futura tutela jurisdicional, em razão da demora.

Para tanto, mister se faz, por parte do promovente, que seu pedido esteja fundado na existência do *periculum in mora*, e para o deferimento, como dito acima, não se exige demonstração cabal e indiscutível da existência do seu direito, bastando um mero juízo de probabilidade.

A jurisprudência de tribunais brasileiro ensina e demonstra o conceito de cada uma delas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DESLOCAMENTO DE RECURSO FEDERAL DE CONTA ESPECÍFICA DE CONVÊNIO PARA CONTAS ESTADUAIS DIVERSAS – CONFUSÃO DE RECURSOS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – INTERESSE DA UNIÃO CONFIGURADO (CF, ART. 109, I) – SÚMULA 150/STJ – NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA REGULAR DESTINAÇÃO DAS VERBAS, CONDUTA QUE CONTRARIA O DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (CF, ART. 70, PARÁGRAFO ÚNICO, DECRETO-LEI 200/1967, ART. 93) E DE HONESTIDADE – INDÍCIO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — INDISPONIBILIDADE DE BENS – REQUISITOS CUMULATIVOS – FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA – PRECEDENTES DO STJ E TRF/1ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. I. A absorção das verbas federais pela conta única do Estado e do próprio DER/RR, por si só, fundidos

os recursos portanto, já inclui, proporcionalmente, verba federal nos pagamentos, lícitos ou não. Isso bastaria para materializar, em caso de pagamentos ilícitos, o interesse da União na lide, sendo competente a Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal. Entre outras razões, a lógica e experiência públicas fizeram constar dos instrumentos de convênio a obrigação de o conveniente manter a verba federal repassada em conta bancária específica, conforme expresso no citado art. 20 da IN 01/1997-STN, para evitar confusão de recursos e viabilizar eficiente fiscalização pelo TCU. II. “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”. (Súmula 150 do STJ.) III. A transferência de recursos federais depositados em conta especialmente aberta para pagamentos relativos à execução do convênio para outras contas é uma irregularidade gravíssima. A não-demonstração da regular destinação desses recursos, que contraria o dever de prestação de contas (CF, art. 70, parágrafo único, Decreto-Lei 200/1967, art. 93) e de honestidade, constitui indício de improbidade administrativa, se há desvio ou aplicação irregular, a respectiva sanção é mais severa. IV. É inafastável o periculum in mora para decretação de medida acautelatória de indisponibilidade de bens, nas ações de improbidade administrativa. **A configuração do risco dá-se, como expresso no art. 798 do CPC, “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.** O perigo da demora, assim, não pode ser presumido. V. “A medida prevista no art. 7º da Lei 8.429/1992 é atinente ao poder geral de cautela do Juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, pelo que seu deferimento exige a presença dos requisitos do fumus bini iuris e periculum in mora. **O periculum in mora significa o fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal. A hipótese de dano deve ser provável, no sentido de caminhar em direção à certeza, não bastando eventual possibilidade, assentada em meras conjecturas da parte interessada.**” (REsp 821720/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 30/11/2007, pág. 423.) VI. Agravo parcialmente provido. (TRF1. AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006.01.00.034788-4/RR Relator: Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado) Julgamento: 14/08/09). (grifado)

Por conseguinte, o processo cautelar apresenta como uma das características básicas, a autonomia procedimental e a instrumentalidade, além de outras que mais adiante se detalhará.

Assim, o processo em epígrafe possui a característica de ser autônomo em relação à demanda principal, tendo autonomia procedimental, conforme se ver no artigo 810, CPC²⁸⁷. A autonomia fica patente, a partir do momento em que a decisão de um não interfere sobre a existência do outro, já que a parte autora pode ter sua medida liminar deferida e, ao final, se ver derrotada no embate principal, e vice-versa. Portanto, é de se concluir que a ação cautelar é, de tal sorte, acolhida ou rejeitada pelos seus próprios fundamentos e não em razão do mérito da ação principal.

²⁸⁷ O art. 810, CPC que é claro, no sentido da autonomia procedimental, ao afirmar que: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo de o juiz, no procedimento cautelar, acolher, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.

Apesar de possuir esta independência, o processo cautelar é apensado, isto é, anexado aos autos do processo principal, porque existe uma dependência entre as duas, uma conexão que as une, a principal e a acessória.

No que pertine à característica da instrumentalidade, o processo cautelar é acessório²⁸⁸ do principal, onde aquele só existe para servir este, seja na demanda de conhecimento, seja na execução. Porque o que se almeja com a cautelar é garantir o resultado útil do processo principal, para que ele não seja atingido pela *força do tempo*, e nem de comportamento vindo do réu, no sentido a impor o perecimento, desaparecimento do bem ou do direito que seria debatido na ação principal.

Em grande maioria dos doutrinadores afirmam que o processo acautelatório serve para garantir o bom resultado do processo definitivo, ao passo que este serve imediatamente à composição da lide.

5.4 Tutela Antecipada

Como forma de minimizar a lerdeza processual, o legislador introduziu o instituto da antecipação de tutela no nosso sistema processual, que já se mostrava realidade em vários países pelo mundo, sobretudo no continente europeu, de lá tendo sido importados vários conceitos e aspectos do instrumento processual em estudo, que quase sempre derivava de uma extensão da própria ação cautelar.

Esse instituto da tutela antecipada consiste na possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos do provimento final pretendido. Com isso, satisfaz-se provisoriamente a pretensão posta em juízo. Por seu intermédio, o juiz concede, antecipadamente, aquilo que está sendo pedido, embora ainda em caráter provisório.

5.4.1 Surgimento e desenvolvimento do instituto da antecipação da tutela no Brasil

²⁸⁸ A natureza acessória da tutela cautelar revela que os seus instrumentos almejam, em primeiro plano proteger o processo principal contra os efeitos nocivos do tempo. Daí a expressão “instrumento do instrumento”, costumeiramente utilizado pela doutrina para descrevê-la.

A primeira vez em que se falou em “provimento cautelar,” no direito pátrio, com o intuito de inibir o dano causado pelo lapso temporal, foi no Código de Processo Civil de 1939. Seu artigo 675 previa, que além dos casos em que a lei expressamente autoriza, o juiz poderá determinar providência para acautelar os interesses das partes.

A priori, buscava-se conservar os bens envolvidos no litígio para que não se deteriorassem ao tempo da sentença definitiva. Ainda não se falava em tutela preventiva.

Adiante, o Código de Processo Civil de 1973 trouxe em seu bojo o poder de cautela genérico ao magistrado, determinar medidas capazes de evitar a ocorrência de lesão grave ou difícil reparação, antes do julgamento final da lide, conforme encartado no artigo 798, desse diploma processual.

Durante muito tempo, até data anterior à reforma do CPC, a medida cautelar representou meio de garantir prestação jurisdicional de caráter urgencial, aos jurisdicionados.

Contrariando a índole preventiva e o cunho conservador da cautelaridade, enquanto “instrumento do instrumento”, a saber, mecanismo capaz de assegurar o processo principal em face dos efeitos nocivos do tempo, alguns autores, originalmente, defendiam as chamadas “medidas cautelares satisfativas”.

O doutrinador Goldschmidt²⁸⁹, no início do século XX, na Alemanha, já sustentava a existência de uma espécie de “medida cautelar provisória dirigida à satisfação de necessidades primárias”, entendendo que a mesma seria um novo e peculiar aspecto do procedimento sumário para determinadas ações. Na mesma época, na Itália em 1935, Calamandrei²⁹⁰ sustenta que uma espécie de procedimento cautelar consiste em uma “decisão antecipada e provisória de mérito, destinada a durar até que a esse regulamento provisório da relação controversa não se sobreponha o regulamento estável obtido através do mais lento processo ordinário”. Carnelutti²⁹¹, outro grande doutrinador italiano, lecionou, semelhantemente, processos cautelares cujos provimentos coincidiam com o almejado nas sentenças definitivas de mérito.

O uso abusivo das medidas cautelares, especialmente as satisfativas, reflexo da morosidade do processo, serviu para que os legisladores tomassem consciência da

²⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2003, p. 383.

²⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000, p.65.

²⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 490.

necessidade de formular uma tutela destinada a satisfazer a prestação jurisdicional de urgência, ampliando a sua aplicação e oferecendo maior acesso, de modo a acelerar a satisfação da prestação jurisdicional.

Assim, a análise histórica do moderno sistema brasileiro revela que ditos “procedimentos cautelares de antecipação dos procedimentos decisórios” foram sucedidos, no que pertine a essa função antecipatória de efeitos, pelo instituto em tela da tutela antecipada.

Então, a Tutela Antecipatória, instituto mediante o qual o magistrado antecipada parcial ou totalmente os efeitos de uma pretensão da parte, em termos provisórios, torna possível a prestação jurisdicional, sem sujeitá-las às delongas que, durante muito tempo, caracterizaram o processo.

Contudo, foi apenas através das inovações inseridas através da Lei nº 8.952/94, que o instituto ganhou sistemática própria, sendo alçado ao *status* de categoria instrumental, ao lado da tutela cautelar e dentro do gênero tutela de urgência.

A introdução, pelo legislador reformista de 1994, foi a generalização da possibilidade de antecipar a tutela de forma expressa, ou seja, tutela antecipada genérica²⁹², espécie prevista no dispositivo 273, CPC, e a tutela específica, do artigo 461, do mesmo diploma processual, tendo, portanto, como elemento essencial do processo o fator tempo.

Segundo Arruda Alvim²⁹³ :

o que se deve sublinhar é que, entre nós, a criação do instituto da antecipação de tutela importou, no plano sistemático, eliminar *dúvida* ou *discussão* a respeito do âmbito do processo cautelar, no sentido de indagar-se, como se fazia, se seria possível obter-se no âmbito do processo cautelar, efeito ou efeitos que *normalmente* só seriam obtidos (e possíveis) ao final do segmento do processo de conhecimento. Se passou a existir o instituto da *antecipação de tutela*, como figura de abrangência geral (art. 273), encartada no processo de conhecimento, isto importa redefinir, inequivocadamente, a função cautelar, *como inábil à obtenção de feito próprio do processo de conhecimento*. O meio de obtenção desse efeito passa a ocorrer, no processo de conhecimento, não por intermédio de medida cautelar, mas da antecipação de tutela, quando isso seja possível. A antecipação de tutela importa uma *precipitação no tempo*, de efeito ou de feitos que, normalmente, só seriam obtidos ao cabo do processo de conhecimento, e, ainda assim, normalmente, esses efeitos restariam suspensos, em decorrência de recurso com efeito suspensivo.

²⁹² Essa expressão “tutela antecipatória”, Luiz Guilherme Marinoni em 1992, já mencionava, quando da publicação da sua obra *Tutela cautelar e tutela antecipatória* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992).

²⁹³ WAMBIER, Arruda Alvim. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós” in *Revista de processo*. nº 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

Contudo, como dito alhures, a origem das tutelas de urgência, e aí está a tutela antecipada como espécie desse instituto, não é recente, eis que remonta aos *interdictum* do antigo processo romano, ordens emanadas do pretor, o qual já permitia uma imediata proibição ou imposição de uma conduta, como forma de assegurar a efetividade do direito, disciplinando uma controvérsia, portanto.

E, no que tange ao direito pátrio, a previsão de provimentos provisórios de cunho satisfativo, ou melhor, o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida já existia, na modalidade de medidas liminares antecipatórias em ações especiais, de caráter nitidamente satisfativo, que hoje seriam enquadrado como espécies de antecipação de tutela, como será analisado mais adiante.

Essa forma era prevista na Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, no seu artigo 8º, §9º²⁹⁴, a qual originalmente disciplinava rito do *writ*, e também encontrava-se no procedimento especial do mandado de segurança pela Lei nº 1.533 de 1951. Ademais, em diversas outras ações especiais, já havia uma previsão da antecipação dos efeitos da tutela, como nas possessórias, nos alimentos provisionais, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu art. 213, §1º, bem como no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), art. 84, §3º e na Lei de Locação (Lei nº 8.245/91), art. 59, §1º.

Registrado tal reconhecimento, torna-se oportuno proceder à exposição, do conceito e das características principais da antecipação de tutela.

5.4.2 Conceito da tutela antecipada

Após verificar como e por que se deu a introdução do instituto da antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre aqui, para um melhor entendimento do tema abordado na pesquisa, estudar seu conceito, e logo mais, seus elementos caracterizadores, hipóteses de cabimento, e por fim, suas modalidades e requisitos para concessão desse instituto da tutela antecipada.

²⁹⁴ Lei nº 191, de 1936, artigo 8º, §9º: “Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do fundamento do pedido, e decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável ao direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar, preliminarmente, sobrestar ou suspender o ato aludido”.

Diz-se que há antecipação de tutela quando o juiz, antes do momento normal final reservado ao julgamento do mérito, satisfaz provisoriamente a pretensão inicial da parte, que deveria ocorrer somente após apreciar toda a controvérsia e decretar a sentença de mérito definitiva.

Nos ensinamentos de Marinoni, a tutela antecipatória é aquela que “pode realizar antecipadamente o direito afirmado – ou simplesmente antecipar parcialmente os efeitos da tutela final - em virtude do perigo da demora.”²⁹⁵

Verifica-se que este instituto tem como elemento marcante, e não poderia deixar de ser, a antecipatoriedade dos efeitos pretendidos na tutela final, que vem a ser sua própria finalidade. Atribui-se outrossim, significado a palavra antecipatoriedade, dado pelo jurista italiano Giovanni Arieta²⁹⁶, o fato de alcançar o mesmo fim com um certo provimento antes do outro. Dessarte, essa marca do instituto em tela visa proteger e servir à efetividade tanto do direito evidente material como do direito processual, atuando como instrumento de acesso à justiça, mesmo que de modo precário e interinal.

Na lição de Sérgio Bermudes, essa finalidade cuida

da prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da pretensão que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. (...) o juiz concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.²⁹⁷

Pode-se afirmar que, o instituto da antecipação de tutela corresponde a um instrumento de tutela de urgência, o qual quando preenchidos determinados requisitos específicos, o provimento jurisdicional deverá ser concedido pelo juiz no curso da ação de conhecimento, como regra, pois não se limita a este, eis que muitos doutrinadores, por sua vez, defendem a admissibilidade do instituto no âmbito do processo de execução²⁹⁸ e no processo cautelar também, quando uma medida liminar for concedida no curso de ação cautelar, representando no adiantamento dos efeitos da tutela cautelar

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 18, n.69, p.106, 1993.

²⁹⁶ ARIETA, Giovanni. *I provved.imenti d'urgenza*. Padova: CED.AM, 1985. p. 57.

²⁹⁷ BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p.35.

²⁹⁸ Confira-se a obra de Lúcio Grassi Gouveia (“A antecipação de tutela na execução” in *Revista da ESMape*. Vol. 8. nº 14, julho/dezembro, 2001, p. 311) e também a de Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho (“Tutela antecipada no processo de execução por quantia certa” in *Jornal do Direito*. Recife, janeiro/fevereiro, 2000, p. 3).

pretendida através da respectiva ação, sendo um caso de “antecipação de tutela cautelar”, nos moldes do artigo 804 do CPC²⁹⁹, por exemplo.

Pela breve leitura do *caput* do artigo 273 do CPC³⁰⁰, referente à tutela antecipada, percebe-se a princípio que, dito instituto apenas pode ser concedido ao autor, por se entender que é a parte quem deduz a pretensão em juízo, ou seja, quem pleiteia o reconhecimento do direito material. Contudo, é possível a legitimidade para requerer a tutela antecipada recair para o réu, também, na hipótese, dele mesmo se retirar da condição de demandado, oferecendo contra-ataque ao autor, como por exemplo, diante de uma reconvenção ou da contestação em ações de natureza dúplice (ações que permite tanto o ataque quanto a defesa pelo réu, em uma mesma relação jurídico-processual), como as ações possessórias³⁰¹.

Importante lembrar ainda a inovação do fenômeno da fungibilidade das tutelas cautelar e antecipada, trazida pela Lei 10.444/02, inserindo o §7º ao art.273 do CPC³⁰², para evitar inconvenientes, que redundam em graves prejuízos para o processo. Essa noção foi emprestada do direito material, quando refere-se a bens fungíveis, que podem ser substituídos por outros, do mesmo gênero e qualidade, então, a noção é, substituir uma coisa por outra ou de aceitar uma coisa no lugar da outra.

Embora não previsto expressamente no texto do §7º, a fungibilidade é de mão dupla, pelo que deverá o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a antecipação da tutela requerida equivocadamente como tutela cautelar, em nome da efetividade.

Ressente-se, por oportuno, que mais do que uma antecipação dos efeitos da tutela pretendida, a medida introduzida no Código de Processo Civil pelo artigo 273, permite desde logo a execução, ou melhor, após a reforma, o incidente é denominado de efetivação, total ou parcial, de alguma prestação que se realizaria somente após ser decretada a sentença de mérito, já no campo da execução forçada.

²⁹⁹ Art. 804, CPC: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz [...]”

³⁰⁰ Art. 273. “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.”

³⁰¹ Art. 922, CPC: “É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbção ou do esbulho cometido pelo autor.”

³⁰² Art.273,§ 7º: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Assim, a nova redação dada ao §3º, do art.273 do CPC³⁰³, refere-se a dita efetivação da tutela antecipada, a qual está em consonância com os objetivos desse instituto, possibilitando que o provável titular do direito pleiteado, dele possa usufruir de imediato, sem aguardar o demorado cumprimento da sentença.

5.4.3 Elementos característicos: Semelhanças e Distinções entre tutela antecipada e tutela cautelar

5.4.3.1 Semelhanças entre tutela antecipada e tutela cautelar

Ambas tutelas de urgência, pois conforme o próprio nome, possuem caráter urgencial, a tutela cautelar juntamente com a tutela antecipatória, apresentam as cinco seguintes características básicas em comum: provisoriedade, revogabilidade, preventividade, reversibilidade e sumariedade.

1) Provisoriade, precariedade ou efemeridade. Esta característica indica que as duas formas de tutelas de urgência mencionadas, proferem um o provimento provisório, uma decisão destinada a durar um certo tempo, não tendo existência indefinida, ou seja, possui uma duração e eficácia temporal limitada.

Oportuna é a lição de BARRETO³⁰⁴ trazida nesse sentido: “O procedimento cautelar não se reveste de características definitivas, será de regra provisório, seu fim já está delimitado, quando do julgamento final da lide principal, que o absorverá ou substituirá”. E esse julgamento é que fará cessar a provisoriedade da tutela, já que traz a decisão definitiva.

A índole precária é uma característica básica da tutela antecipada, pois é uma medida condicional, cuja eficácia dependerá do teor da futura decisão definitiva. Uma vez concedida a antecipação de tutela, o processo não se exaure, mas continua o seu curso normal, aguardando-se a sentença final para averiguar se o provimento será

³⁰³ Art.273,§ 3º: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.”

A Lei 11.232/2005 revogou o art.588 do CPC, que deve ser entendido pelo art.475-O, do mesmo diploma, que trata atualmente da execução provisória.

³⁰⁴ BARRETO, Ricardo de Oliveira Pães. *Curso de direito processual civil*. 2ª.ed.Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p.571.

confirmado ou não. Sendo acolhida a pretensão principal, os efeitos permanecem. Sendo rejeitada, a medida antecipatória perderá a sua eficácia, mesmo que haja a interposição de recurso contra a sentença denegatória.³⁰⁵

A medida antecipatória tem natureza interinal, pois é um provimento provisório, não é definitivo, podendo ser alterado ou revogado a qualquer tempo pelo juiz³⁰⁶, através de nova decisão incidental.

2) Revogabilidade, mutabilidade ou modificabilidade. Esse atributo tem amparo nos artigos 273,§4º³⁰⁷ e 807³⁰⁸ do CPC, onde este último reza: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Demonstra a possibilidade do juiz, a qualquer tempo, revogar ou modificar a medida concedida, a depender da situação fática que embasou a decisão, eis que não estabiliza a situação entre as partes porque não faz coisa julgada material e não decide o mérito da lide.

Assim, a revogabilidade da medida autoriza o cancelamento do provimento, se este se tornar desnecessário ou o magistrado reconsiderar a sua posição em face de novos elementos. No mesmo norte, a sua mutabilidade permite ao magistrado adequar o provimento a novas situações que podem vir a surgir, após a concessão originária, inclusive.

E mais, Sahione Fadel³⁰⁹ entende que, por este ato o juiz “substitui a tutela antes deferida por outra, mais adequada a satisfazer o pedido do autor ou a não prejudicar demasiadamente o réu.”

A modificação da medida pode ser de âmbito quantitativo (ampliação ou redução do seu objeto) ou qualitativo (mudança da própria medida, sendo substituída por outra que melhor se enquadre ao caso). Tanto a revogação, como a modificação

³⁰⁵ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao profº Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.515.

³⁰⁶ Artigo 273, §5º do CPC: “Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

³⁰⁷ Artigo 273, §4º, do CPC: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

³⁰⁸ Art. 807, CPC: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

³⁰⁹ FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998, p.58-60.

devem se realizar de modo expresse, onde será aposta nos próprios autos do processo, necessário é que exista um motivo ensejador, ou seja, deve haver novas razões ou novas circunstâncias, dispondo a lei que para tanto deve haver decisão fundamentada.

As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do art. 806 do CPC³¹⁰, e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas *ex officio* pelo juiz, inclusive.

3) Preventividade. Outra característica comum às tutelas cautelares e antecipatórias é a preventividade. Essa característica deve ser entendida de forma que as providências devem ser adotadas a fim de prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, em decorrência de determinadas situações fáticas³¹¹.

4) Reversibilidade. Esse atributo é marcado pelo fato da medida de urgência ser concedida com base num juízo provisório, tendo em vista que, na decisão final, o juiz pode mudar o seu convencimento e decidir contrariamente aos interesses daquele que foi beneficiado com a medida provisória concedida, em razão do contraditório e das provas apresentadas pela parte adversa. Assim, apenas será concedida uma tutela antecipatória ou tutela cautelar quando haja a possibilidade de reposição do *status quo ante* (estado anterior), ou de reversibilidade fática e jurídica da medida.

O artigo 273, §2º, CPC³¹², expressa a exigência dessa característica.

Contudo, o perigo da irreversibilidade não pode ser visto em termos absolutos, pois há casos em que dispensa a possibilidade de reversão e, mesmo assim, a tutela antecipatória ou a tutela cautelar é concedida, eis que a exigência maior desse requisito é apenas evitar danos ao direito subjetivo da parte. Nestes casos, pondera-se a aplicação da norma da reversibilidade em razão da proteção de um outro direito, considerado mais relevante, ou melhor, indispensável que o juiz sopesse os valores dos bens em conflito, julgando o caso com bom senso. Como forma de exemplo, pode-se citar, na prioridade que o juiz deve dar ao direito à vida em conflito com o princípio da

³¹⁰ “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.”

³¹¹ FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. *A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007, p.56.

³¹² Art.273,§ 2º CPC: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

segurança jurídica, quando da concessão de tutela antecipatória para realização de cirurgia que salve a vida do paciente.

5) Sumariedade ou eficácia imediata do respectivo provimento. Significa a urgência do procedimento para deferimento da decisão judicial almejada. A natureza cognitiva das tutelas de urgência, antecipação da tutela e medida cautelar, é sumária. E esta sumariedade, que pode ser classificada em formal ou material, está ligada inteiramente à urgência do provimento jurisdicional reclamado³¹³.

A tutela cautelar se assemelha à tutela antecipatória quanto à necessidade de se fundar em juízo de probabilidade ou de existir verossimilhança ao deferimento, pois ambas ensejam cognição sumária formal e material.

5.4.3.2 Distinções entre tutela antecipada e tutela cautelar

O que as diferencia substancialmente, todavia, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão distinta do pedido principal, enquanto que a tutela antecipatória realiza, de imediato, a própria pretensão, decisão esta que, embora tenha sua provisoriedade prevista em lei, algumas vezes pode revestir-se de caráter irreversível.

Como não há uma cognição mais aprofundada então não se forma a *coisa julgada*. Portanto, a decisão assim proferida, não se acoberta deste instituto, podendo ser, através de uma outra ação de cognição exauriente.

Ao contrário, é grande a diferença entre essas duas providências, visto que ao passo que uma objetiva apenas garantir a justiça e a eficiência prática da futura e provável sentença, a outra antecipa a pretensão postulada pelo autor, embora de forma provisória.

Dentre os elementos distintivos verificados entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, destacam-se as seguintes.

a) Requerimento. A tutela cautelar pode ser tanto requerida pela parte como deferida *ex officio* pelo juiz, conforme dispõe o artigo 797 do Código de Processo Civil. Já a tutela antecipatória necessita, em regra, do requerimento do autor, não podendo ser deferida de ofício pelo juízo, entendimento defendido por muitos autores tradicionais.

³¹³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.78.

Contudo, o ponto de vista defendido neste trabalho, é que o requerimento expresso da parte como requisito ao deferimento da tutela antecipatória é plenamente dispensável, e até mesmo consubstanciado num dever estatal, quando diante do preenchimento dos requisitos específicos para a concessão da referida tutela, apresentando com isso a única forma de assegurar a efetividade do direito material e do modelo processual;

b) Relação com outro processo. A tutela cautelar na forma preventiva, pode ser proposta, independente de um processo principal, enquanto que a tutela antecipada apenas pode ser postulada dentro do processo principal;

c) Requisitos. Para que seja deferida a medida cautelar basta que estejam presentes os seguintes requisitos: o perigo da demora da decisão, isto é, o receio de prejuízo em virtude da lerdeza processual (*periculum in mora*) e a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*);

Já os pressupostos básicos para a concessão da antecipação da tutela genérica, do artigo 273 do Código de Processo Civil, são bem mais rígidos. São eles: requerimento da parte; prova inequívoca acerca da existência do direito; convencimento do juízo acerca da verossimilhança da alegação de violação ao direito; e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, então, a caracterização de abuso do direito de defesa ou *o manifesto* propósito protelatório do réu.

d) Objeto imediato e mediato. A tutela cautelar possui como objeto imediato a proteção, conservação do processo principal, e no que diz respeito ao mediato, é proteger o direito material da parte. Assim, nas medidas cautelares, a finalidade precípua é próprio processo principal. Por outro lado, a tutela antecipada possui como objeto imediato proteger o direito material da parte, e, como mediato a conservação do processo principal. Assim, nas medidas antecipatórias, a finalidade precípua é proteger o direito evidente, merecedor de uma tutela diferenciada.

e) Momento de concessão. A tutela cautelar pode ser concedida, incidentalmente, no curso de um processo principal, ou, de forma antecedente, através de ação preparatória.

O provimento antecipatório é, só e somente só, incidental, pois somente podem ser antecipados, os efeitos de uma tutela jurisdicional pretendida, desse modo apenas pode ser concedida quando há processo em curso. Dessarte, se for uma ação

cautelar em curso, nada impede a antecipação de tutela cautelar, como consta no artigo 804 do CPC, e, do mesmo modo, se for uma ação de execução.³¹⁴

Portanto, no modelo processual brasileiro, não há medida antecipatória que possa preceder à propositura da ação principal, tendo em vista, a não existência de uma ação preparatória de antecipação de tutela, equivalente à tutela cautelar preparatória. Ressalta-se que sua concessão pode ser *initio litis*, desde que preenchidos os respectivos requisitos de concessão.

f) Natureza do provimento. O traço mais distintivo entre os dois institutos refere-se à natureza do provimento ou do objetivo almejado por cada uma dessas tutelas de urgência.

A tutela cautelar é uma medida de natureza acautelatória, conservativa ou preventiva³¹⁵, possibilitando a tutela do resultado útil do processo principal. Assim, objetiva assegurar a eficácia e utilidade do processo de tutela satisfativa, acautelando, então, a situação jurídica em conflito.

Já o provimento antecipatório possui uma índole de eficácia satisfativa, produzindo efeitos, no transcorrer do processo que, no todo ou em parte, coincidem com os efeitos da tutela jurisdicional final pretendida, ainda que seja caracterizado como uma medida precária. Assim, a tutela antecipatória tem como escopo realizar o direito material pretendido pelo autor, de forma provisória, antecipando os efeitos da tutela jurisdicional pleiteada em juízo, antes da prolação da sentença.

A satisfação auferida com a antecipação dos efeitos da tutela só ocorre no plano fático, ou seja, trata-se de uma sensação provisória de vantagem que se logrou em decisão não definitiva. E, apenas neste sentido pode-se considerar a tutela antecipatória como modalidade de tutela satisfativa.

Importante repetir que, a tutela antecipatória algumas características que não lhe são exclusivas, tais como seu caráter de urgência, provisoriedade, índole de precariedade, revogabilidade, mutabilidade ou modificabilidade, preventividade, reversibilidade, sumariedade material e formal ou eficácia imediata do respectivo

³¹⁴ Norteando esse entendimento, confira-se na obra do professor Lúcio Grassi de Gouveia (“A Antecipação de Tutela na Execução” in *Revista da ESMape*. Vol. 6, nº 14, Recife, julho/dezembro, 2001).

³¹⁵ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao profº Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.516.

provimento, efetivação imediata, caráter incidental, natureza satisfativa do provimento, tudo dantes visto.

5.4.4 Hipóteses de Cabimento

a) Tutela Antecipada Deferida na Sentença

O deferimento dos provimentos antecipatórios no bojo da própria sentença tem suscitado grandes debates no meio jurídico. Alguns doutrinadores afirmam ser possível tal modo de agir do julgador, apoiado no entendimento de que nem sempre o autor consegue realizar prova inequívoca da verossimilhança da alegação e também do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, logo no início da ação, na petição inicial. Ainda complementam, com base no art. 520, inciso VII do CPC, que o recurso de apelação interposto contra a sentença que antecipa os efeitos da tutela é recebido apenas no seu efeito devolutivo, não cumulando com o efeito suspensivo.

Isso é o que justifica o deferimento no bojo da sentença, por que se assim não fosse, o réu poderia impedir os seus efeitos no mesmo momento em que apresentasse recurso de apelação, e com isso a tutela perderia seu intuito e de nada serviria ao autor. Era como se a tutela, presente na sentença, fizesse com que esta não pudesse ser atacada pelo efeito suspensivo.

Nesse sentido é a decisão do STJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. EFEITO DEVOLUTIVO. CONSONÂNCIA DO ACORDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDENCIA DO STJ.

A antecipação da tutela pode ser deferida quando da prolação da sentença, sendo que em tais hipóteses, a apelação contra esta interposta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela. Precedentes.

- Inviável o recurso especial quando o acórdão impugnado encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ.

Agravo no agravo de instrumento não provido.

(AgRg no Ag 940317/SC Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0190622-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: 3ª Turma. Data do Julgamento: 19/12/2007 (grifado).

Contrário a este posicionamento é o entendimento de PAPINI, Paulo Antônio:

Numa primeira análise, poderíamos verificar que nos parece, e realmente o é, antitético que a própria tutela (sentença) antecipe a ela mesma. É irrefutável que a concessão da medida, neste momento processual, é, no mínimo, esdrúxula. E é por essa razão que sustentamos a impossibilidade da adoção dessa medida quando da prolação da sentença. Na realidade, quando se fizer necessária a antecipação de tutela, esta deverá ser concedida no curso do processo, e nunca na sentença³¹⁶.

Contudo, fica claro, que é assente na jurisprudência, a adoção de tal medida por parte do magistrado.

b) Processo de Execução

O âmbito de aplicação do instituto da antecipação de tutela, contudo, não se limita ao processo de conhecimento, eis que é possível ser concedida a medida liminar do artigo 804 do CPC, no curso de ação cautelar, e alguns doutrinadores defendem no âmbito do processo de execução³¹⁷.

Dessa forma, Lúcio Grassi³¹⁸ citando Marinoni em seu artigo, “A antecipação da Tutela na Execução”, relata o seguinte:

É até curial que o direito ao acesso á ordem jurídica justa, consagrado no art.5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir á juízo, mas também, que todos têm direito á adequada tutela jurisdicional, ou melhor, á tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Coaduna, o notável processualista Barbosa Moreira³¹⁹: “Torna-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca.”

³¹⁶ PAPINI, Paulo Antônio. Do descabimento da antecipação de tutela na sentença e o recurso cabível para atacá-la. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. nº 12. Porto Alegre: Síntese, 2001. pág.56.

³¹⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A Antecipação da Tutela na Execução. in *Revista da ESMape*. Vol. 8. nº 14, julho/dezembro, 2001, p. 311; SOBRINHO Francisco Rodrigues dos Santos. Tutela antecipada no processo de execução por quantia certa. in *Jornal do Direito*. Recife, janeiro/fevereiro, 2000, p. 3.

³¹⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A Antecipação da Tutela na Execução*. Disponível em: <<http://www.esmape.com.Br/revista/revista14/LUCIOGRASSI.htm>> Acesso em: 13 de março de 2010.

c) Tutela Antecipatória em Entidades Estatais

Não é cabível a antecipação da tutela contra as entidades estatais (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias ou Fundações Públicas) nas ações que tenham por objeto a obrigação de pagar quantia certa, já que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 100, determina que as execuções movidas contra a Fazenda Pública, submetam-se ao procedimento do precatório, não se admitindo que o ente público seja instado a pagar determinada soma em dinheiro sem que a verba tenha sido prevista em orçamento, para desembolso no ano subsequente. Outrossim, porque seus débitos judiciais só podem ser liquidados em decorrência de sentença, o que não caracteriza uma decisão interlocutória, como a de antecipação da tutela.

Não obstante a negativa dada pela interpretação do artigo 100 da Constituição Federal de 1988 e do art.1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997³²⁰, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, a jurisprudência vem se inclinando para admitir seu deferimento, desde que o objeto do processo não se enquadre nas restrições dos dispositivos legais.

d) Tutela antecipada no processo trabalhista

A tutela antecipada, instituto comprometido com a aplicação do direito material, é instrumento processual que possui natureza jurídica de decisão interlocutória, por seu caráter satisfativo e provisório, auferindo uma cognição sumária, devido ao lapso temporal, e não fazendo coisa julgada.

O instituto processual pode ser aplicado em qualquer ação, seja individual ou coletiva, bem como em qualquer momento processual, de competência do juiz

³¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p.69.

³²⁰ “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 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

monocrático em qualquer instância, sendo necessário ao seu deferimento a existência de pressupostos, como o perigo de dano irreparável.

Não há o que discutir acerca da compatibilidade do novel instituto com o Direito Processual Trabalhista já que, segundo princípio da subsidiariedade, inserido no art. 769 da CLT, o direito comum é fonte aplicada subsidiariamente ao direito do trabalho e processo do trabalho, quando não oferecer qualquer tipo de ofensa aos princípios específicos do direito laboral, e houver omissão da matéria regulada pelas normas trabalhistas.

Acerca do recurso aplicável à decisão sobre a antecipação da tutela, é preciso que o legislador reformule o artigo 897 da CLT acrescentando a este a possibilidade de recorrer de decisão através de agravo de instrumento.

Finalmente, foi de imensa valia ao processo do trabalho a alteração do Código de Processo Civil, no tocante à antecipação da tutela. O instituto oferece agilidade e instrumentalidade às delongas, eis que oferece às partes, em especial ao empregado a efetivação do processo do trabalho sem sujeitá-lo ao lapso temporal e à vontade da classe patronal, no tocante ao adimplemento de suas obrigações.

e) Tutela Antecipatória nas Ações Constitutivas e Declaratórias

Define-se ação declaratória como sendo aquela que se destina a obtenção de sentença que declara a existência ou inexistência da relação jurídica, ou da falsidade ou autenticidade de documento (CPC, art. 4.º), sendo admissível, inclusive em caráter incidental (art. 5º). Seu objetivo, portanto, é alcançar uma certeza jurídica por intermédio da declaração jurisdicional.

Enquanto, a ação constitutiva é aquela que se procura, por meio dela, criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Ao contrário da declaratória, a sentença constitutiva produz efeitos *ex nunc*, vale dizer, a partir do momento do seu proferimento.

Por se tratar de tema polêmico na sistemática processual civil brasileira há muita divergência entre os doutrinadores acerca da aceitação da tutela antecipatória nas ações constitutivas e declaratórias, sendo certa a sua admissibilidade quando a declaração ou a constituição fundar-se na cognição sumária, uma vez que poderia ser

útil ao autor que precisasse, urgentemente, praticar um ato, suscetível de tornar-se inútil, caso houvesse de aguardar a decisão final.

É importante destacar que o instituto da tutela antecipatória, qualquer que seja o provimento visado, constituição, declaração ou condenação, tem o condão de assegurar, sobretudo, a efetividade do processo, garantindo-se com isso a utilidade do provimento jurisdicional.

É de se perceber que, mostra-se possível a aplicação do art. 273, do Código de Processo Civil, em qualquer espécie de ação de conhecimento, mesmo naquelas que contenham pedido constitutivo ou meramente declaratório, desde que, todavia, a pretensão de direito material se apresente passível de amparo imediato no plano dos fatos, satisfeitos, obviamente, os pressupostos normativos.

Ademais, pode-se antecipar de um modo geral todos os efeitos da tutela, menos a certeza, já que não existe certeza provisória. Logo, se obtém a antecipação dos efeitos da declaração ou da constituição, mas não a declaração ou a constituição, pois são certezas.

f) Tutela Antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis

Os anseios populares por uma prestação jurisdicional mais célere e mais eficaz e o debate acerca da morosidade do sistema judiciário brasileiro refletiram em disposições constitucionais tendentes a conceder um grau maior de efetividade à prestação jurisdicional, nascendo assim a norma contida no artigo 98, inciso I da Constituição Federal.

A busca por meios alternativos de agilização da Justiça abrange os Juizados Especiais, concebidos com competência em causas de menor complexidade, na esfera cível e infrações de menor potencial ofensivo, na esfera penal.

A doutrina relaciona o ordenamento jurídico com a idéia de sistema. Autores como Noberto Bobbio dizem que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis.”³²¹

³²¹ Bobbio, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª reimpressão. São Paulo: Ed.Polis, 1989, p.43.

Como o objetivo agora é analisar a possibilidade ou não da aplicação da antecipação de tutela, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, aos Juizados Especiais Cíveis, instituídos pela Lei 9.099/95, e embora não haja expressa previsão em tal norma ao referido instituto, faz-se necessário saber qual é a relação existente entre estas duas leis e como as mesmas se posicionam no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao mencionar-se os princípios informadores dos Juizados Especiais, destacou-se a importância do princípio da celeridade, que apresentava, como um dos princípios que dele decorre, o da maior agilidade e eficiência entre a interposição da petição inicial em juízo e a efetivação de sua resposta ao final da lide.

É nesse sentido que a processualística moderna tem entendido o processo, como processo de resultados. Em caso de urgência, poderá o direito material perecer ou sofrer grave lesão, que se não sanada naquele momento processual, possível de reparação improvável em momento posterior.

Este princípio da celeridade consta expressamente como fundamento norteador da Lei dos Juizados, sendo assim, nada mais coerente para o exercício do direito de ação a interpretação que acolhe a possibilidade de tutela antecipada em sede dos juizados.

A antecipação de tutela pode gerar o estímulo a negociação pela parte demandada, que geralmente é a que deve efetivar uma prestação positiva ou negativa para com o autor. Pois verifica-se a inércia do demandado geralmente nas audiências inaugurais de conciliação por saberem da possibilidade de adiamento do cumprimento da prestação por mais algum tempo, que lhe é favorável.

Não se deve temer ou ter receio da aplicação da tutela antecipada por uma suposta descaracterização do seu microsistema, eis que não serão importados todos os institutos do CPC, até mesmo porque incompatíveis seriam com o rito delineado pelos Juizados Especiais.

Também se ressalta que, nos dias atuais, a aplicação da antecipação de tutela em Juizados Especiais tem sido admitida com maior frequência nos tribunais. O instituto se compatibiliza com o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, sendo sua aplicabilidade confirmadora do princípio da celeridade e, sobretudo, da ordem constitucional processual do direito de ação e do prazo razoável.

Assim, essa lei especial prega a celeridade do processo, permitindo que o autor chegue ao resultado final no menor espaço de tempo possível, respeitando logicamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, logo esse embasamento coaduna com o instituto da tutela antecipada.

Deve ser destacado que, a ausência expressa de previsão legal quanto a possibilidade da antecipação de tutela, deve ser entendida como a inexistência de vedação legal para a sua não aplicação. Assim, diante do silêncio da lei, defende-se a aplicação do parágrafo único do art.272 do CPC³²², textualizando que, na hipótese do procedimento específico não prever a prática de atos, as normas do CPC são aplicadas de forma subsidiária. Portanto, a lei especial não pode ser interpretada de forma meramente gramatical.

Aplicar o instituto da antecipação de tutela nos Juizados Especiais, regido pela Lei 9.099/95, é buscar a solução para tutelar direitos de urgência que, sendo postos em juízo, uma vez que a sociedade e o cidadão lesado, confiam e esperam no Poder Judiciário, buscam uma decisão célere, satisfativa, sob pena de perecimento ou grave lesão ao direito material vindicado. Conclui-se que o instituto poderá e deverá ser utilizado para garantia da ordem constitucional processual do direito de ação e acesso ao Poder Judiciário, corolário do direito ao processo razoável e justo.

5.4.5 Modalidades e Requisitos para concessão da tutela antecipada

Não obstante, a tutela antecipada ter sido, anteriormente à reforma do CPC, concedida em liminar no processo cautelar, na classificação de cautelar inominada, referido instituto antecipatório merece agora destaque, eis que está expressamente consagrado na legislação brasileira, na seara do sistema processual comum, salvo o

³²² “Art. 272. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.”

processo penal³²³, organizando-se, basicamente em três modalidades de tutela antecipada satisfativa:

1) Tutela antecipada genérica, denominada também de tutela antecipada residual, disciplinada no *caput* e incisos I e II do artigo 273 do CPC, destinada a adiantar os efeitos da tutela jurisdicional nas diversas espécies de ação não abrangidas pelas outras duas categorias. É dirigida, então, à generalidade das ações, usualmente utilizada para antecipar efeitos pertinentes a obrigações de dar ou pagar;

2) Tutela antecipada específica, prevista §3º do artigo 461 CPC e com semelhança no artigo 84 do CDC, dirigida às ações cujo objeto principal seja o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e que, por força do §3º do artigo 461-A, se tornou igualmente aplicável às ações que tenha por objeto a prestação envolvendo a entrega de coisa;

3) Tutela antecipada liminar ou medida liminar antecipatória, formada pelas diversas medidas liminares previstas em vários dispositivos da legislação processual brasileira pertinente às ações especiais e que, uma vez concedidas, apresentam cunho satisfativo ao implicarem no adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida.

Com todas essas espécies de medida antecipatória, dessa forma, o modelo processual pátrio possui um novo instituto que busca atenuar os efeitos nocivos da morosidade do Judiciário.

Contudo, para antecipar os efeitos da tutela jurisdicional em qualquer uma das modalidades do respectivo instituto, é necessário o preenchimento de três requisitos gerais³²⁴: a) existência de uma ação em curso; b) concessão mediante uma decisão interlocutória devidamente fundamentada; e c) inexistência de perigo de irreversibilidade da medida;

³²³ Por seu turno, mesmo assim há algumas ressalvas de instrumentos semelhantes à antecipação de tutela, como a prisão preventiva prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal Pátrio.

³²⁴ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. *In*: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao profº Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.521-522.

Considerando o requisito da existência de uma ação em curso, o legislador de imediato já se preocupou em adequá-lo no caput do artigo 273 do CPC³²⁵, ao utilizar a expressão “tutela pretendida no pedido inicial”, a saber, o instituto da tutela antecipada somente será concedida incidentalmente no processo, sendo portanto utilizada endoprocessual, dentro do processo, apenas.

Já o parágrafo primeiro³²⁶ do citado dispositivo 273 do mesmo diploma, retrata bem o requisito da fundamentação da decisão interlocutória concessiva da antecipação de tutela, da mesma forma, há consonância com a garantia constitucional da motivação das decisões, encartada no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988³²⁷, no sentido de criar obstáculos aos provimentos judiciais sem fundamentação, para até servir de base para um eventual recurso da parte sucumbente. Nesse mesmo norte está as lições de Athos Gusmão Carneiro³²⁸.

Quanto ao terceiro requisito geral, trata-se de um pressuposto negativo para a concessão da tutela antecipada, a saber, o perigo da irreversibilidade do provimento antecipatório, conforme a interpretação do artigo 273, §2º, do CPC³²⁹, de modo que o juiz irá conceder dita medida quando não houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, ou ainda, quando se for possível detectar a presença do *periculum in mora* inverso, isto é, desde que não cause dano irreparável ao réu. Enfim, o juiz poderá conceder quando for possível o retorno das coisas ao *status quo ante*, na seara fática.

Nesse sentido está os ensinamentos de Theodoro Júnior³³⁰, "Justamente para assegurar o contraditório, ainda que a *posteriori*, é que a lei não admite que o juiz

³²⁵ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da **tutela pretendida no pedido inicial**, [...] (grifado)

³²⁶ Artigo 273, §1º: “Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, **as razões do seu convencimento**.” (grifado)

³²⁷ Artigo 93, IX, da CR/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

³²⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 87.

³²⁹ Artigo 273, §2º, CPC: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

³³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 326.

conceda antecipação de tutela ‘quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’ (§2º)".

Então, sob pena do indeferimento da medida, cabe ao autor a incumbência de alegar e provar ao magistrado uma prova evidente, a qual seja possível se reverter o provimento antecipatório, na hipótese de uma posterior improcedência ou alteração desta medida concedida.

Contudo, o que significa e quais os limites, no caso concreto, do conceito “perigo de irreversibilidade”, já que a própria lei não define? Necessário, então, para a questão dada, o magistrado se apoiar em estudos doutrinários e jurisprudenciais.

Acerca deste terceiro requisito ora abordado, por guardar inteira simetria com a hipótese supra aventada, importante mostrar o seguinte julgado pela 3ª Turma do STJ:

PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. INADMISIBILIDADE. É **inadmissível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado**. Isso se verifica no caso de a tutela pretendida envolver paralisação total das atividades da ré, que já a exercia por longo período, sem oposição, fato que demonstra a ausência de urgência do pedido. Recurso especial provido (Resp 253246 – SP, 3º Turma do STJ, Relator: Ministro. Castro Filho, j. 20.11.2003, DJ 9.12.2003, p. 278). (grifado)

No entanto, este requisito da inexistência de perigo da irreversibilidade do provimento antecipado, não é absoluto, pois haverão casos em que, não sendo deferida a tutela antecipatória, ensejará na inutilidade do provimento jurisdicional final, perecimento da pretensão do autor, ou ocorrerá dano que só será possível evitar com a concessão da tutela, como, por exemplo, na hipótese de um doente cardíaco que postula, em juízo, a realização de uma cirurgia indispensável à sua sobrevivência, contra um hospital.

Há os que entendem ser possível a imposição da prestação de caução, a fim de garantir o deferimento da medida ou a manutenção dos efeitos da tutela antecipada já concedida, onde esta atitude resolveria o “perigo da irreversibilidade do provimento antecipado”, na medida em que o órgão julgador exigisse do autor o oferecimento de caução real ou fidejussória, em valor igual ao da repercussão econômica providenciada na medida antecipatória.

Com isso o magistrado estará diante de um dilema: deferir ou não a medida?

O autor da ação, às vezes, não consegue se desincumbir do dever de demonstrar a existência suficiente dos pressupostos para a sua concessão, por outro lado, o órgão julgante se mostra temeroso em outorgar a antecipação da tutela pretendida. Esse fato, ao que transparece das diversas decisões proferidas a respeito, decorre do temor de se causar dano irremediável à parte contra quem se concede a tutela.

Por outro lado, há os que defendem que possa, ou até mesmo deva, o magistrado deferir a tutela quando, mesmo diante do perigo da irreversibilidade, mostrar-se do lado do autor situação de evidente dano irreparável ou de difícil reparação. Diante disto, o juiz deverá levar em consideração vários fatores, entre eles, o dos bens jurídicos que estão em destaque a se preservar.

As exigências genéricas sob análise estabelecem ainda mais outros requisitos a ser preenchido para que se legitime a concessão de todas as espécies de tutela antecipada, previstos nos parágrafos do mesmo artigo 273 da Lei processual civil pátria, algumas já vistas, como a indicação de modo objetivo e exato das razões formadoras do convencimento do juiz na decisão concessiva, disposta no seu parágrafo primeiro (art.273,§1º) e a reversibilidade da medida judicial antecipatória (art.273,§2º), e outras a serem abordadas no decorrer deste trabalho, como definir as linhas mestras do procedimento de efetivação do provimento (§3º), estabelecer a mutabilidade e precariedade da medida (§§4º e 5º), além da necessidade de prever a possibilidade de dispensa de algumas das exigências na hipótese de inexistência de controvérsia (§6º), bem como a importância de se consagrar a admissibilidade do princípio da fungibilidade na seara da tutela de urgência (§7º).

Eis a demonstração dos devidos parágrafos, do artigo em tela, para uma melhor visualização dos retromencionados requisitos genéricos:

Art. 273. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

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

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

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

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

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

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Ante todo o exposto acerca de quais sejam os requisitos gerais para todas as modalidades de antecipação de tutela, nesse momento mister analisar quais os requisitos específicos de cada espécie antecipatória para as respectivas concessões.

A primeira espécie de **tutela antecipada denominada de genérica** como forma de tutela prestada para tornar o processo mais efetivo e eficaz, “dando a parte tudo aquilo que ele tem direito”, conforme entende alguns, fazendo valer uma cognição sumaria, pois o juiz tem uma forte impressão, que o demandante tem razão, por isso mesmo concede determinada medida, no entanto, mister o preenchimento dos seguintes requisitos específicos dispostos no *caput* e nos incisos I e II do artigo 273 do CPC, a se ver:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

De uma forma mais detalhada, o adequado exame dos quatro requisitos específicos de concessão da antecipação de tutela genérica impõe a transcrição das letras do citado artigo 273, CPC, formada como dito pelo *caput* e os incisos I e II, a saber: 1) requerimento da parte; 2) prova inequívoca acerca da existência do direito; 3) convencimento do juízo acerca da verossimilhança da alegação de violação ao direito; e 4) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, então, a caracterização de abuso do direito de defesa ou *o manifesto* propósito protelatório do réu.

O primeiro requisito específico diz respeito à necessidade de ser a medida concedida “a requerimento da parte” interessada em obter a tutela antecipada, provocando o juiz para tal. Isso é fato, é uma exigência expressamente clara.

Este requisito do pedido da parte, seja autor, réu (quando postula uma reconvenção, por exemplo), Ministério Público ou terceiro interveniente, assevera que a outorga de antecipação de tutela depende de requerimento, não podendo a antecipação ser concedida de ofício, considerando princípio da inércia da jurisdição.

É lamentável tal exigência pois, em determinados casos excepcionais, a atuação de ofício do magistrado se apresenta como a única forma de assegurar a efetividade do direito material e do modelo processual. Não se está advogando a necessidade de dar super-poderes ao magistrado. Apenas de equipá-lo com as ferramentas necessárias ao cumprimento do seu dever de prestar uma adequada tutela jurisdicional. Para então fazer *cumprir seu dever*³³¹.

Mesmo em face de tal exigência explícita da Lei, entretanto, não é raro ver um magistrado, reconhecendo a relevância do seu poder-dever de resguardar a utilidade do processo enquanto instrumento de pacificação com justiça, atuar *ex officio* na concessão de uma medida de antecipação de tutela. Justifica-se tal ato quando a atuação de ofício é a única forma de assegurar a viabilidade da tutela jurisdicional final e permitir ao magistrado cumprir o seu dever de entregar uma adequada e justa prestação judicial. Em tais casos, apesar da clareza da letra da Lei, a procura pela efetividade do processo se apresenta como uma missão maior ao magistrado plenamente consciente de sua função político-social.

O segundo requisito específico, “prova inequívoca”³³² acerca da existência do direito”, refere-se à idéia daquilo que não gere dúvidas. A prova inequívoca consiste na demonstração cabal e idônea da situação descrita na petição inicial, seja através de documentos, seja através de outro meio probatório capaz de afirmar e corroborar o pedido feito pelo autor. Assemelha-se à noção de “direito líquido e certo”, requisito exigido no campo do mandado de segurança.

Vale deixar estampada a lição trazida por Luiz Guilherme Marinoni: “a denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do

³³¹ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao prof^o Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.524.

³³² A palavra “inequívoca” pode significar “claro, coerente, compreensível, cristalino, direto, eficaz, entendível, evidente, explícito, iniludível, manifesto, nítido, patente, retilíneo, simples, transparente”. segundo o *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da Língua Portuguesa* (Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 379).

verossímil, entendido como o suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito”.³³³

Porém, não exige a lei que tal prova seja absolutamente verdadeira, sob pena de não ser concedida em nenhuma hipótese a antecipação da tutela. O que se exige é que haja uma prova que “(...) aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.”³³⁴

Este requisito não se contenta com o simples *fumus boni iuris*, já que se requer um grau de probabilidade maior, mais intenso da existência do direito. A jurisprudência vem entendendo que:

A prova inequívoca de que trata a art. 273 do CPC deve ser aquela a qual não recaia qualquer dúvida que se basta por si e não exige qualquer complementação. Se necessária à produção de provas no curso do processo, não há como se deferida antecipação da tutela. [...] (Adcoas[...]n.8.152.212) Ao contrario do que ocorre nas medidas cautelares, aqui não basta o *fumus boni iuris*, exigindo-se alguma coisa mais, ou seja, aquela verossimilhança amparada na prova inequívoca a que se refere a o texto processual, aquela probabilidade do direito alegado. [...] (in:RT 736/255). Além do mais, conforme se verifica, não houve ainda a produção de qualquer prova, quer oral, quer pericial. Segundo a jurisprudência: Agravo de instrumento. Ação de indenização probatória. Descabimento. Recurso não conhecido e recurso não provido[...]. (AASP 2.346/2.903)

A título de ilustração, fica patente, em decisão do STJ, os requisitos legais estabelecidos na lei, para o deferimento de tal medida antecipatória:

TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. DEFERIMENTO LIMINAR. Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a 'prova inequívoca', a 'verossimilhança da alegação', o 'fundado receio de dano irreparável', o 'abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu', ademais da verificação da existência de 'perigo de irreversibilidade do provimento antecipado', tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso.

2. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* malfere a disciplina do art. 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei nº 8.952/94. (STJ - Recurso Especial nº 131.853 S/C - 3ª Turma - Relator. Ministro. Carlos Alberto Menezes Direito).

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 211-212.

³³⁴ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.96.

O terceiro requisito específico da tutela antecipatória genérica é a chamada ‘verossimilhança da alegação’ da violação do direito, prevista no caput do artigo 273, decorre da grande probabilidade de que o direito reclamado esteja mesmo a favorecer o postulante da medida antecipada.

É necessário, antes de tudo, mencionar o significado da palavra ‘verossimilhança’³³⁵, a qual advém de ‘verossímil’, que Athos Gusmão Carneiro, citando Aulete, diz referir-se ao “que parece ser verdadeiro; que tem probabilidade de ser verdadeiro; plausível. Que não repugna a verdade.”³³⁶ No exame do termo acima, a depender da convicção do magistrado, significa a aparência de veracidade que deve ter a afirmação de que foi violado o direito material.

Do acima exposto, depreende-se que esse pressuposto refere-se a um juízo de convencimento realizado em torno da situação concreta apresentada e dos fatos expostos pela parte que requer a antecipação dos efeitos da tutela, em face não apenas do seu direito subjetivo material, mas também, e principalmente, quanto ao perigo do dano e sua provável irreparabilidade ou ao abuso de defesa do réu. Devendo-se mencionar ainda que, para que seja deferida a tutela, exige-se que o interessado faça a demonstração da probabilidade da versão apresentada e, posteriormente, que seja possível a sua comprovação, podendo ser feita por todos os meios conhecidos, como por exemplo, carta, fotografia, poderão ser prova inequívoca para embasar um pedido antecipado de alimentos em ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos.³³⁷

Assim, ao salientar a prova inequívoca a embasar a veracidade das alegações, não quis o legislador, evidentemente, submeter o juiz que utiliza-se de uma cognição sumária, a um profundo exaurimento instrutório. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar. Isso significa que o juiz deve buscar um equilíbrio entre os interesses dos litigantes.

³³⁵ Verossimilhança” pode significar plausibilidade ou credibilidade, de acordo com o *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da Língua Portuguesa* (Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 691).

³³⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.25.

³³⁷ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.103.

Finalmente, o quarto requisito específico trata do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em virtude da lerdeza processual, ou, então, a caracterização de abuso do direito de defesa ou evidente intenção procrastinatória do demandado.

O legislador exige a presença de um causa motivadora, que poderá ser a existência de fundado receio de dano provocado pela mora processual ou, então, uma conduta abusiva do réu que justifica a antecipação dos efeitos da tutela como forma de sancionar o demandado desleal. As causas são alternativas. Suficiente é a presença de qualquer uma delas³³⁸.

Para Silvia³³⁹, neste quarto requisito, tem-se duas espécies da antecipação de tutela. A antecipação-remédio e a antecipação-sanção. A antecipação-remédio também é chamada de tutela de urgência, pois visa proteger um direito de sofrer uma lesão irreparável ou de difícil reparação. Já a antecipação-sanção, também conhecida como tutela de evidência, tem-se uma reação do Estado aos abusos praticados no curso do processo.

No que pertinente à existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bom esclarecer o conceito de receio, na lição de Carreira Alvim,

traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser fundado, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta da tutela dará ensejo a ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação³⁴⁰.

Deve-se considerar, portanto, o “receio” como aquele medo de sofrer o dano, que além de justo, deve ser, como está expressamente previsto na norma, fundado em circunstâncias que indiquem que a concretização do dano se aproxima.

Aqui também se faz necessário compreender o que vem a ser ‘dano irreparável ou de difícil reparação’. E, ao escrever sobre o tema, Marinoni afirma: “há ‘irreparabilidade’ quando os efeitos do dano não são reversíveis e, também, no caso de direito patrimonial que não pode ser reintegrado. Por sua vez o dano é de ‘difícil

³³⁸ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao prof^o Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.525-526.

³³⁹ FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. *A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007, p.65.

³⁴⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2003, p. 119.

reparação' se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado”³⁴¹.¹ Alguns doutrinadores, como Wambier e Nery, entendem que, quando concedida a medida antecipatória com este respaldo, trata-se de uma antecipação de tutela “mista”, com uma certa natureza cautelar.

Além de ser protegido o direito que se encontra na iminência de sofrer um dano, aquele que já tenha sofrido a lesão pode ser tutelado pela medida antecipada, a fim de que a situação não venha a ser consumada ou agravada. Mas, caso o dano já tenha ocorrido, a antecipação dos efeitos da tutela fará com que este dano cesse, apagando ou minimizando os seus efeitos.

Já o inciso II do artigo 273 traz outro requisito exigido para a concessão da medida antecipatória em estudo, “abuso do direito de defesa ou *o manifesto propósito protelatório do réu*”³⁴², que pode estar alternadamente presente na pretensão com o requisito do inciso I, visto anteriormente.

Na segunda hipótese, existem duas condutas (basta a configuração de uma) que caracterizam o descumprimento do dever de lealdade processual. O “abuso do direito de defesa” constitui conceito amplo, caracterizado toda vez que o legítimo direito de defesa do réu é exercido de modo ilegítimo por este, caracterizando desvio de finalidade. O “manifesto propósito protelatório”, por sua vez, é caracterizado quando o réu praticar atos ou se omitir de praticá-los, com o objetivo específico de retardar o andamento do feito. A impetração seguida e continuada de uma série de remédios processuais para paralisar o andamento do feito, por exemplo, corresponde a uma conduta de tal natureza.³⁴³

No entanto, parte da doutrina entende que, entre as expressões previstas no inciso II do artigo 273 abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, não há distinção, sendo uma gênero e a outra espécie. Há ainda os que consideram

³⁴¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Observações sobre a tutela antecipatória. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 20, n.19, p.111, 1995.

³⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares. in *Aspectos polêmicos da tutela antecipada*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 536; e ainda, NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 646.

³⁴³ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao prof^o Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.526. Ainda observa tal requisito, Pedro Baptista Martins (*O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª edição. Rio de Janeiro, 1997, p.46).

que as duas são redundantes, visto que quem age com o intuito de protelar está, certamente, agindo com abuso de direito.

Com o objetivo de protelar a demanda e continuar a se beneficiar pela manutenção do “status quo”, pode-se configurar o abuso do direito de defesa por parte do réu, que enseja mais um dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela.

O abuso de poder se revela quando a parte ré se vale da má-fé, de expedientes temerários, de uma resistência totalmente infundada à pretensão do autor, ou ainda quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa³⁴⁴. Também se pode revelar esse abuso no uso protelatório dos recursos previstos em lei.

Assim, pode-se afirmar que, o art. 273, II, em razão da desvinculação da noção de urgência e de dano, e portanto, restrita apenas à evidência de um bom direito e por outro lado à má-fé da defesa do réu, em geral, instituiu a denominada “antecipação da tutela pura”³⁴⁵.

Percebe-se, todavia que, não obstante a inserção dessa sistemática instrumental no principal diploma processual brasileiro, o excesso do legislador, em exigir tantos cuidados, como o preenchimento dos requisitos específicos, além dos gerais, dificulta a concessão dessa modalidade de antecipação de tutela genérica, cerceando, na prática, o uso dessa medida pelos juristas.

Diante da alegação exposta acima e como tema integrante deste trabalho, defende-se que, uma vez preenchidos os requisitos gerais, e também as exigências específicas relacionadas no *caput* e seus incisos I e II, do artigo 273 do CPC, o magistrado “deverá” conceder a antecipação de tutela, e não mais “poderá” como expressa o *caput* do mesmo artigo, ou melhor, não mais representa uma simples faculdade prevista pelo legislador, direcionada para o magistrado, trata-se na verdade de um poder-dever dele, com supedâneo no princípio da razoável duração do processo.

A **tutela antecipada específica** é a segunda modalidade de tutela antecipada, prevista pelo legislador ordinário na Lei processual civil, em seu artigo 461, §3º, elencada, semelhantemente, no artigo 84, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo dirigida às ações cujo objeto principal seja o cumprimento de

³⁴⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 22, nº88, 1997, p.24.

³⁴⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. São Paulo: Forense, 2005. p. 34.

obrigação de fazer ou não fazer³⁴⁶, e que, por força do artigo 461-A, se tornou igualmente aplicável às ações que tenha por objeto a prestação envolvendo a entrega de coisa³⁴⁷.

A tutela específica pode ser conceituada como a proteção jurisdicional concedida exatamente nos moldes pretendidos pelo postulante ou que proporcione precisamente aquilo ao qual faz jus o credor. Essa espécie de medida antecipatória, embora de maneira provisória, produz, para o credor, resultados idênticos ao devido, caso houvesse adimplência do devedor.

Assim, através desse instituto em tela, o credor nas obrigações de caráter mandamental, seja de fazer ou de não fazer, poderá ter seu direito satisfeito, prestando ou não a devida ação.

Importante ressaltar que, constitui falha terminológica a utilização da expressão “antecipação de tutela específica” para denominar *exclusivamente* a antecipação de tutela promovida em sede de ação cujo objeto seja obrigação de fazer ou não fazer, pois, pode-se dizer que há, também, uma antecipação de tutela específica, bastando que haja o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional principal pretendida em face de uma obrigação contratual.

Nesse tom, Luiz Guilherme Marinoni³⁴⁸ ensina que

em se tratando de obrigação contratual, a tutela específica, em princípio, é aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida, seja obrigação de entregar coisa, pagar soma em dinheiro, fazer ou não-fazer. A tutela que confere ao autor o desfazimento daquilo que não deveria ter sido feito é tutela específica da obrigação de não-fazer. Quando se teme reiteração do descumprimento de uma obrigação de fazer ou não-fazer, a tutela que se destina a impedir o devedor de voltar a inadimplir também é tutela específica.

Marinoni³⁴⁹ ainda acrescenta que

mesmo no caso de dano patrimonial ou não-patrimonial, é possível a tutela específica. A tutela que confere ao lesado a reparação de dano patrimonial na forma específica ou a tutela dirigida a reparar dano não-patrimonial na forma

³⁴⁶ Artigo 461 do CPC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

³⁴⁷ Artigo 461-A do CPC: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

³⁴⁹ *Ibid.*, p.68.

específica, como aquela que repara na forma específica o dano estético ou a que se expressa na publicação de comunicado que retifica anterior notícia lesiva à honra, constituem tutelas específicas.

Para a concessão do provimento previsto para a tutela específica em tela, o legislador previu apenas dois pressupostos específicos de índole abstrata e simplória, segundo o §3º do artigo 461 do mesmo diploma processual, a saber, “relevante o fundamento da demanda” e o “fundado receio de ineficácia do provimento jurisdicional final”, além dos requisitos genéricos já estudados para quaisquer modalidade de tutela antecipatória. Veja-se com clareza os dois requisitos no próprio dispositivo citado, e da mesma forma com o artigo 84, § 3º, CDC³⁵⁰.

Artigo 461, § 3º, CPC - 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.

Da mesma forma, o legislador não definiu os conceitos desses dois requisitos, os quais são deveras vago e indeterminado, possibilitando, segundo a hermenêutica, uma interpretação judicial da questão em cada caso concreto submetido à sua apreciação. Assim, ainda de acordo com a própria redação do artigo em tela, o provimento poderá ser concedido “liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”; então, se o convencimento do juiz não estiver ainda formado, necessitando para tanto de mais elementos, poderá, após esperar o contraditório, designar audiência de justificação. Por outro lado, se o seu convencimento for de plano, poderá conceder a tutela de forma liminar, ou seja, *initio litis* e *in audita altera parte*.

Semelhantemente aos requisitos da tutela específica, o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, exige para o deferimento de medida liminar em sede de mandado de segurança, os seguintes requisitos, a saber, “relevante o fundamento” e “do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”.

Não se pode olvidar que essa segunda espécie de antecipação da tutela descrita no art.461 § 3º, do Código de Processo Civil, cujos moldes atuais foram

³⁵⁰ Art. 84, § 3º, CDC: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

firmados pela mesma Lei nº 8.952/94, que inseriu a sistemática da tutela antecipada genérica do artigo 273, teve, em 2002, com o advento da Lei nº 10.444/02, seu texto parcialmente alterado, e com a inclusão do art.461–A, expressaram a idéia de sentença mandamental ou *executiva lato sensu*, adquiriram novas regras da execução, atribuíram uma faculdade da aplicação da multa por dia de atraso (*astreintes*) no cumprimento da obrigação, a pedido do autor na inicial, e ainda, estabeleceram uma ordem preferencial envolvendo as espécies de tutela jurisdicional que devem ser proporcionadas: primeiro, a tutela específica; segundo, a tutela de equivalência; e, por último, a tutela reparatória de perdas e danos, enfim, conferindo, com isso, maior efetividade na concretização da prestação devida³⁵¹.

A terceira modalidade de tutela antecipada é a denominada **medida antecipatória em ações especiais**.

Antes da reforma do CPC de 1994, e conseqüentemente, Lei 8.952/94 que instituiu a sistemática da tutela antecipada, as medidas liminares, intituladas como medidas de índole cautelar, já estavam previstas em diversos dispositivos da legislação processual brasileira, no entanto, possuíam natureza de medida antecipatória³⁵², eis que produziam eficácia satisfativa, no sentido de adiantar os efeitos da tutela jurisdicional final pretendida na ação principal.

As medidas liminares tomavam essa posição pelos operadores do direito em decorrência da ausência do instituto da tutela antecipada, contudo, como dito acima, era enquadrada erroneamente como forma de tutela cautelar, mesmo sem a essência desta, cunho preventivo e acautelatório. E então, após a criação da medida antecipada, tornou possível que tais provimentos liminares se enquadrassem como de tutela antecipada.

³⁵¹ Artigo 461, CPC, § 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 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.

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º - O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

³⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59.

E, então, o que seria medida liminar? Liminar é sinônimo da preliminar? Pode haver medida liminar de tutela cautelar e de tutela antecipada, ou se equivalem? Essas são algumas dúvidas encontradas na prática forense.

Pode-se definir, brevemente, a medida liminar³⁵³ como um provimento jurisdicional determinado pelo juiz logo no início da ação, antes, inclusive, da observância do contraditório, sem ouvir a parte adversa, sendo, portanto, concedida pelo juízo *initio litis* e *in audita altera parte*. Assim, quando o magistrado determina uma medida de plano, no começo da demanda, está concedendo uma medida liminar.

Contudo, a medida liminar não é sinônimo de preliminar, pois com esta não se confunde, eis que significa àquilo que vem antes de algum ato, e não no início da demanda, como obrigatoriamente requer a liminar.

Importante ressaltar que, referida medida, por sua vez, pode ser enquadrada como cautelar ou antecipatória, dependendo dos efeitos produzidos pelo provimento. Nesse sentido, se os efeitos materiais proporcionados pela medida coincidem, no todo ou em parte, com os efeitos da tutela jurisdicional final pretendida, a medida liminar será de caráter antecipatório. Caso os efeitos materiais sejam de mera prevenção ou conservação, sem implicar em eficácia satisfativa no sentido de produzir a coincidência de efeitos antes mencionados, a medida liminar será de índole cautelar³⁵⁴. Dessarte, por exemplo, pode-se justificar a presença de medida liminar antecipatória, concedida em ação cautelar, como no artigo 804 do CPC³⁵⁵, e em ação possessória, no artigo 928, CPC³⁵⁶, tendo em vista, a possibilidade de coincidência dos efeitos pretendidos na tutela jurisdicional final, da respectiva, medida cautelar postulada e da possessória.

³⁵³ O termo “liminar”, vem do latim *liminaris*, de *limen* (porta, soleira), sendo interpretado para indicar o que está logo na entrada. Na definição do *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* (Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.759), o termo “liminar” significa algo “que constitui o começo, o início de alguma coisa”, e, na seara jurídica, “medida ou providência que precede o objeto principal da ação”.

³⁵⁴ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao prof^o Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.520.

³⁵⁵ Artigo 804 do CPC: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

³⁵⁶ Artigo 928 do CPC: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”. Nesse norte, FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 174.

Como dito inicialmente, esta terceira modalidade de antecipação de tutela, refere-se a **Tutela antecipada liminar** ou **medida liminar antecipatória**, formada pelas diversas medidas liminares previstas em vários dispositivos da legislação processual brasileira pertinente às ações especiais e que, uma vez concedidas, apresentam cunho satisfativo ao implicaram no adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida.

Dessa forma, as medidas liminares já ocorriam na legislação brasileira, em sede de mandado de segurança³⁵⁷, ação civil pública³⁵⁸, ações cautelares, ações possessórias, etc., possuindo, portanto, o respectivo provimento caráter antecipatório, quando elas produzem efeitos que, total ou parcialmente, coincidem com os efeitos da tutela jurisdicional final pretendida, por meio dessas ações especiais.

Finalmente, constata-se que, os requisitos específicos para a concessão das **medidas liminares antecipatórias**, terceira modalidade de antecipação dos efeitos da tutela, estarão nas respectivas ações especiais, além do necessário preenchimento dos requisitos gerais para quaisquer espécie de tutela antecipada, ou seja, os requisitos pertinentes a existência de ação em curso, o convencimento do juízo acerca da evidência do direito exposto em decisão interlocutória devidamente fundamentada, e a reversibilidade da medida antecipatória.

Seguindo o mesmo raciocínio, a modalidade de antecipação de tutela liminar nos seus diversos artigos específicos, demonstra a atuação de ofício do magistrado, independente do requerimento da parte, seja autor ou réu.

Assim, dois são os requisitos Específicos de Concessão para **Antecipação de Tutela “Específica” nas Ações envolvendo Prestação de Fazer/Não Fazer: Relevante fundamento da Demanda e Justificado Receio de Ineficácia do Provimento Final.**

Art. 461, §3º, CPC: “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

³⁵⁷ Artigo 7º, *caput* e inciso II, da Lei nº 1.533/51: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará ... II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

³⁵⁸ Artigo 12 da Lei nº 7.347/85: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”. Caso a respectiva medida liminar produza efeitos que, total ou parcialmente, coincidem com os efeitos da tutela jurisdicional final pretendida por meio da ação civil pública, o respectivo provimento será de caráter antecipatório.

réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

São três os requisitos Específicos de Concessão para **Medida Liminar “Antecipatória” em Mandado de Segurança, previsto pela nova Lei 12.016 de 2009**: Existência de “Fundamento Relevante”, Ameaça de Ineficácia da Medida, caso seja deferida apenas ao Final e Possibilidade de Exigir Caução do Impetrante.

Art. 7º: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

Já para a **Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 1985)**, são dois os requisitos Específicos de Concessão para **Medida Liminar “Antecipatória”**: Inexistência de disciplina expressa e a Aplicação analógica da disciplina do Mandado de Segurança. “Artigo 12 – Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”

Ademais, a **Ação Possessória** exige a Petição inicial “devidamente instruída como requisitos Específicos para sua concessão.

Artigo 928 do CPC – Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando o réu para comparecer à audiência que for designada.

Por fim, a dois são os requisitos Específicos de Concessão para **Medida Liminar “Antecipatória” em Ação Cautelar**: Receio de Ineficácia da Medida caso Réu seja Citado antes da Concessão e a Possibilidade de Exigir Caução do Requerente

Artigo 804 do CPC – É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Ademais, vale ressaltar que, as decisões proferidas nesse sentido são de natureza interlocutória, exigindo fundamentação do magistrado, que deve atestar (ou não) o preenchimento dos ditos requisitos de cada espécie.

CAPÍTULO 6 – CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO

O sistema moderno não mais consegue conviver com a realidade da inefetividade processual, sendo incontroverso que o processo, por concepção, deve se mostrar como o instrumento utilizado pelo Estado para solucionar o conflito de interesses, vale dizer, para permitir que o Estado se desincumba da função jurisdicional, que se apresenta como um verdadeiro *dever*, posicionando o ente público, através do Poder Judiciário, como *devedor* de uma obrigação a ser feita em favor da pessoa que exercitou o direito de ação, consagrado no plano constitucional.³⁵⁹

Para tanto, ver-se-á neste capítulo a atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final e a possível antecipação da tutela pretendida de ofício pelo magistrado, com o intuito de alcançar uma melhor e mais justa decisão final. E ainda, demonstrar-se-á a responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício.

6.1 Atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final

Em data de 5 de outubro de 1988, a nova ordenança foi instaurada com a promulgação da Constituição Federal Brasileira, sendo também denominada de Constituição Cidadã, por Ulysses Guimarães, que era presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em razão daquele momento de sua elaboração ter detectado uma grande participação popular, e pela presente busca de concretização da cidadania.

Denota-se também que essa Carta Constituinte Cidadã foi um documento muito esperado pelo povo que saía de um Estado totalitário, marcado pelo regime militar e ditatorial, para um democrático, sem muito saber as respectivas repercussões que poderia ocorrer.

Com isso, a Carta Magna pátria de 1988, fruto dessa transição acima, sedimentou, logo no seu artigo inaugurador, a dignidade da pessoa humana, como um dos seus fundamentos, “*á* incluindo-se a liberdade de desenvolverem-se como

³⁵⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.19-20.

indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade [...]”³⁶⁰, e em seguida, como apoio à conclusão de Ulysses Guimarães, acrescentou o seu art. 3º ³⁶¹–revelando os objetivos fundamentais desse relevante documento.

Dentro desse contexto, naquele instante histórico-brasileiro, dentro do próprio espaço da Constituição, ampla mudanças radicais foram positivadas, dentre as várias garantias fundamentais postas no Título II, Capítulo I da Constituição Federal, no rol relativo aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, estabeleceu-se a garantia do acesso à Justiça, ou também denominada de direito de ação, ou ainda, inafastabilidade da jurisdição, inserida no inciso XXXV, do art.5º constitucional³⁶², bem como, a garantia da resposta célere a ser dada pelo Estado-juiz, quando provocado, posto no inciso LXXVIII, do mesmo artigo citado, em razão do já estudado princípio da inércia da jurisdição.

Assim, por ocasião desses dispositivos, o legislador constituinte almejou assegurar que nenhuma lesão ou ameaça a direito escapará da apreciação do Poder Judiciário e, ainda que, essa apreciação se dará no menor espaço de tempo possível. Importante ressaltar neste momento que, essa garantia da celeridade processual somente ingressou no Texto Constitucional com o advento da Emenda à Constituição (EC) nº 45/2004. Logo, o direito à tutela jurisdicional efetiva, requer que a resposta seja dada de modo célere por quem detém o poder de jurisdicional.

Noutro dizer, o direito de ação, garantia de índole fundamental, conforme o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, pode ser exercitado por qualquer um do povo brasileiro ou mesmo estrangeiro aqui residente, ou ainda, pelo próprio Estado, portanto, deve ser garantido e concretizado de imediato³⁶³ pelo Estado em sua plenitude, tendo em visto, que o mesmo retirou quase toda a possibilidade de seus jurisdicionados fazerem justiça de mão própria, como visto alhures.

³⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

³⁶¹ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁶³ Art.5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Dessarte, ressalta-se mais uma vez que, o pronunciamento estatal (judicial ou administrativa) deve ser proferido de modo célere, respeitando os anseios do jurisdicionado e de toda a coletividade em ver o fenômeno litigioso ser banido de seu meio o mais rápido possível.

Diante dessas considerações, o art. 273 do CPC, regulamentador da tutela antecipada, uma das ferramentas jurídicas hábeis a dar efetividade ao processo, desde a EC nº 45/2004, passou a necessitar de uma visão mais alargada de seu conteúdo semântico-jurídico-impositivo, denotando-se o dever de o Estado tutelar antecipadamente o pedido evidenciado na petição inicial, quando presentes todos requisitos do art. 273 do CPC, inclusive o requerimento expresso da parte, concluindo-se pela verdadeira obrigação estatal e não mais mera faculdade do juiz, como exposto está na sua leitura “poderá”, mas sim “deverá”, portanto.

Desse modo, se diante de um caso concreto, o juiz evidenciar os requisitos gerais e específicos para concessão da tutela antecipada, inclusive o requerimento expresso da parte nesse sentido, obrigado está a outorgar antecipadamente os efeitos do pretendido na inicial, ou melhor, é dever constitucional do Estado, de conceder uma proteção ao pedido expressamente solicitado de modo célere, sob pena de ferir preceito constitucional de índole fundamental, conforme extrai-se expressamente do art. 5º da Constituição, disposto no seu inciso LXXVIII e § 1º.

Ante o exposto, de acordo com a nova visão constitucional do processo, essa é a interpretação que mais se apropria, inclusive com o que é defendido neste trabalho.

6.2 Tutela Antecipada De Ofício do juiz

Não obstante, a defesa e o posicionamento acima tratado, no que tange ao dever do Estado em garantir a satisfação do provimento final, quando diante de um caso concreto, o juiz evidenciar os requisitos gerais e específicos do artigo 273 do CPC, inclusive o requerimento da parte, para a concessão da tutela antecipada, conforme extrai-se expressamente no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, acrescentado com a edição da EC nº45/2004, formulando o princípio da duração razoável do processo, a maioria da doutrina pátria não se mostra a favor em conceder a tutela antecipada de ofício pelo juiz, ou melhor, se ausente o requerimento expresso da parte.

Com base em todo o corpo deste trabalho, denota-se que, nos moldes de hoje e nos escopos político, jurídico, econômico e o próprio escopo magno da jurisdição, o qual seja obter a paz social pela pacificação dos conflitos, a necessidade de se fazer valer ao cidadão, o seu direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, é um fato e uma realidade social hoje.

A obtenção dessa tutela adequada e efetiva decorre do direito de ação e do direito fundamental à duração razoável do processo, consagrados respectivamente pelo legislador constituinte nos incisos XXXV e LXXIII do art.5º da Constituição Federal de 1988. E com isso, todo o sistema processual pautado pelo legislador infraconstitucional deverá garanti-los, não afrontando-os, portanto.

Porém, para concretizar o direito fundamental à uma tutela jurisdicional adequada e efetiva apenas será viável por meio de juízos de cognição sumária, pois com a observância do princípio do devido processo legal na cognição exauriente da lide, o tempo despendido será de grande monta, normalmente.

Nesse sentido, no que tange à afirmação dita do poder-dever estatal, de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, mister é que o magistrado tenha o devido cuidado de averiguar os fatos postos no caso concreto, para então, evitar que a tutela jurisdicional seja inefetiva, por demonstrar-se tardia e extemporânea.

Nesse prisma, no exercício da função judicante, o juiz assume um dever de proporcionar uma adequada tutela jurisdicional, em face do seu poder jurisdicional. A discricionariedade da atuação do juiz em conceder ou negar a antecipação de tutela é inexistente. Então, quando submetida a questão a sua apreciação, fica a critério do magistrado de acordo com sua liberdade, utilizando o amplo poder concedido pelo legislador, escolher o caminho melhor e mais adequado para proporcionar uma decisão mais justa possível. Nisso não há discricionariedade, sendo na verdade um dever, legal até, de buscar a decisão correta.³⁶⁴

O direito à tutela antecipada se enquadra nesse contexto, sendo garantido constitucionalmente, e devendo o mesmo, inclusive, ser concedido de ofício pelo juiz. E nessa senda é que se encontra o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni.³⁶⁵

Dentre os instrumentos encontrados que envolve a liberdade do magistrado, no fim de escolher o melhor caminho para se realizar justiça, está a concessão de ofício

³⁶⁴ Com esse pensamento, veja-se: Eduardo Talamini. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 387.

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 157-166.

quando pertinente ao caso concreto, lógico, pois isto não é a regra, lembrando, ainda que, para que haja a concessão desta tutela antecipada de ofício, necessário é que esteja presentes todos os demais requisitos exigidos para tal.

Além de ser considerado um direito constitucional, o direito à tutela antecipada possui, a depender do caso concreto, como argumento para sua concessão de ofício pelo juiz, alguns fatores como, o seu caráter instrumental para efetivação de direitos³⁶⁶, no dizer de Benedito Pereira Filho; a sua natureza alimentar da postulação ou da precariedade da advocacia pública, em particular a defensoria pública³⁶⁷, esse argumento está conforme as lições de George Marmelstein. Principalmente, o respaldo, alegado por Fernando Luís, da publicização do processo e da necessidade de conter o abuso praticado pelas partes.³⁶⁸

Nesse prisma de entendimento, afirma Portanova³⁶⁹,

nestes tempos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível já é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido.

No entanto, no que tange à modalidade de tutela antecipada genérica disciplinada pelo artigo 273 do CPC, preferiu o legislador exigir expressamente no *caput* deste artigo, como requisito específico para sua concessão, a formulação de requerimento exposto da parte, ou a provocação pelo interessado, escolhendo um caminho muito conservador.

Já na modalidade de tutela antecipada específica³⁷⁰, peculiar às ações cujo objeto seja obrigação de fazer ou de não fazer, ou de entregar coisa, prevista no §3º do

³⁶⁶ PEREIRA FILHO, Benedito. *Tutela Antecipada: Concessão de ofício?* Gênesis – Revista de Processo Civil. Curitiba. N. 32, abril/junho de 2004.

³⁶⁷ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=2930>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

³⁶⁸ FRANÇA, Fernando Luís. *A Antecipação da tutela ex officio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

³⁶⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 118.

artigo 461 do mesmo diploma processual, a admissibilidade de sua atuação *ex officio*³⁷¹, entretanto, encontra-se patente e diretamente vinculada ao reconhecimento do magistrado na tarefa de avaliar a necessidade da medida como instrumento capaz de assegurar a efetividade do direito material. Assim, preenchido os requisitos³⁷² gerais e específicos, pode o magistrado conceder a tutela antecipada específica de ofício, logo, essa espécie de tutela possui uma sistemática mais simples, comparando com a do *caput* do artigo 273, o qual atribui como um requisito específico, o requerimento expresso da parte.

Percebe-se então que, na modalidade de tutela antecipada genérica disciplinada pelo artigo 273 do CPC, o que houve foi uma volta ao formalismo, um apego ao tradicionalismo e a uma visão literal do artigo em tela, pois à luz da dicção literal do dispositivo, o magistrado não poderia antecipar os efeitos da tutela sem requerimento da parte, não havendo espaço para discutir a possibilidade da antecipação da tutela de ofício.

O moderno perfil do atual momento do direito processual pátrio, em incessante luta pela efetividade, enquanto instrumento assecuratório de uma tutela jurisdicional adequada e do acesso à justiça, não aceita essa atitude do legislador ordinário em exigir sempre o dito requisito, e conseqüentemente, não poder conceder a tutela antecipada de ofício, em razão da ausência do requerimento do interessado.

Coadunando com essas afirmações da possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício, TARDIN propugna que,

sabendo da índole constitucional das tutelas de urgência, em casos também excepcionais, em que esperar por um julgamento definitivo pode conduzir a ineficácia da tutela jurisdicional, está o magistrado autorizado a conceder a tutela antecipada *ex officio*. Para tanto, é imprescindível que a petição inicial (imagina-se aqui a tutela antecipada sendo requerida pelo demandante) e das provas carreadas aos autos possa o juiz completar a presença de todos os pressupostos de concessão.³⁷³

³⁷⁰ Estevão Mallet (*A antecipação de tutela no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 69) e Francisco Antônio de Oliveira (“Da Antecipação de Tutela: Enfoque Trabalhistas” in *Revista LTr*. Vol. 60, nº 03, São Paulo, Março de 1996, p. 335).

³⁷¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 357..

³⁷² Requisitos: ação em curso, reversibilidade da medida, relevante fundamento da demanda, fundado receio de ineficácia do provimento jurisdicional final e convencimento motivado do juízo acerca da evidência do direito.

³⁷³ TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 129.

Contudo, pelo entendimento dos doutrinadores que são contrários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício não merece prosperar, tendo em vista as diversas razões a seguir esposadas.

Primeiramente, vale lembrar do fundamento constitucional do instituto da tutela antecipada, eis que decorre do direito fundamental à tutela efetiva, encartada no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, e do parágrafo primeiro do mesmo artigo, ao reconhecer que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, daí haver a possibilidade de concedê-la de ofício, quando for instrumento capaz de envolver a 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 tutela jurisdicional mais adequada e efetiva, a depender do caso concreto.

Isto porque, os meios podem ser vários, mas o destino é um só: a decisão correta, que proporciona a solução justa. É esta na verdade a missão do juiz. E por que não conceder de ofício, quando for para atingir essa finalidade, repete-se: tomar uma decisão correta e justa.

E ainda, o pior castigo para o magistrado ativo e dinâmico no cumprimento de seu múnus é ser obrigado a presenciar, inerte, o processo ser inviabilizado enquanto instrumento de acesso à justiça, em virtude de formalismos desmedidos e infinitamente menos relevante de que a sua função maior; pacificar com justiça.³⁷⁴

Segundo, haverá situações em que pela própria natureza do pedido, não necessitará do requerimento expresso da tutela antecipada pela parte, eis que estará implícita a necessidade de sua concessão, podendo citar as verbas alimentícias decorrentes de benefícios assistenciais ou previdenciários.

Com isso, em algumas hipóteses será possível a dispensa desse requisito para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício, de modo semelhante ao que ocorre com as medidas cautelares, quando, por exemplo, o pedido tiver natureza satisfativa, destacando-se o caso, portanto, dos alimentos provisórios, em que o juiz pode concedê-los, mesmo que não haja requerimento expresso do alimentando nesse sentido.

Dando continuidade, a defesa da concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício, ou como preferem alguns de concessão da tutela antecipada em face de

³⁷⁴ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao profº Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.532.

sua postulação implícita³⁷⁵, infelizmente, a maioria dos doutrinadores não pugnam por tal concessão de ofício, pois afirmam afrontar os seguintes princípios da demanda, do dispositivo, da inércia, da imparcialidade do juiz, além de ferir o princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido da parte, porém este entendimento não merece acolhimento.

De início, importante ressaltar que, o magistrado antes de aplicar a lei, e fazer a subsunção dos fatos à norma, deve interpretar a norma, buscando a máxima efetivação dos princípios, chamando atenção para a relevância dos princípios constitucionais, e em especial, o princípio que garante a efetividade processual, mais do que qualquer princípio infraconstitucional.

Como já estudado anteriormente no terceiro capítulo deste trabalho, o princípio da demanda ou da ação, previsto no artigo 2º do CPC³⁷⁶, debruça-se na vontade da parte em instaurar o processo, movimentando a máquina judiciária para apreciar determinado caso concreto. Esse princípio em tela decorre do princípio da inércia, do fato de o juiz não poder agir de ofício, devendo aguardar a provocação das partes para demandar, restando vinculado aos limites dos fundamentos trazidos pelo demandante na peça inicial, a saber, a causa de pedir, e também ao pedido trazido.

Dinamarco entende que, o princípio da demanda “corresponde à idéia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda).”³⁷⁷ Assim, apenas a parte é que seria a pessoa legítima para escolher em requerer ou não a antecipação dos efeitos da tutela.

Quanto ao princípio do dispositivo ou da disposição da parte, este é o que confere às partes poder para dispor do processo em curso, permitindo-lhes escolherem a realização de certos atos processuais, repita-se, no processo em curso.

Contudo, como a própria denominação do princípio da demanda ou da ação, já deduz, refere-se ao início da propositura da ação ou da iniciativa da parte interessada em ingressar com a demanda jurisdicional, que inclusive pretende gozar do bem da vida postulado, dentro de um prazo mais razoável possível.

³⁷⁵ FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. *A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007.

³⁷⁶ “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”

³⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.149-150.

Assim, uma eventual concessão da antecipação dos efeitos da tutela, já que não é a regra, não feriria nem o princípio da demanda, nem o da inércia, porque realmente não será o magistrado que dará início à demanda, por outro lado, será ele responsável pela boa condução do processo e da obediência ao princípio da duração razoável do processo, melhor ainda, tem o Estado-juiz o dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva e também a missão de conceder uma decisão justa.

Desta feita, se preenchidos todos os demais requisitos autorizadores para a concessão da medida, em respeito também ao princípio da cooperação, deve o juiz tomar um posicionamento mais ativo, participativo e assistencial, conforme lições do Prof. Lúcio Grassi³⁷⁸, e conceder sim de ofício a tutela antecipada, pois o requerimento já estará implícito, sob pena de correr na ineficácia do provimento final. E, como já cediço, o juiz tem amplos poderes para a concretização dos direitos postulados.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³⁷⁹ concorda com esse entendimento, “a verdade é que não se pode mais aceitar o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes.”

Diante do contexto, interessante são as palavras do juiz federal, George Marmelstein³⁸⁰

Tenho me deparado com inúmeros feitos previdenciários em que a antecipação da tutela, de ofício, mostra-se não apenas útil como também fundamental. São processos que tramitam em primeiro grau há cerca de cinco anos e certamente levarão outros cinco anos nas instâncias superiores. Os autores são sempre bem idosos, pedindo uma simples aposentadoria rural por idade, pensão ou amparo assistencial, cujo valor corresponde a tão somente um salário-mínimo. A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa frequência. Por isso, sempre venho antecipando a tutela quando a verossimilhança é manifesta, demonstrada com farta prova documental e testemunhal do tempo de serviço rural necessário à obtenção do benefício.

³⁷⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: *Leituras Complementares de Processo Civil*. DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 202-203.

³⁷⁹ PEREIRA FILHO, Benedito. *Tutela Antecipada: Concessão de ofício?* Gênesis – Revista de Processo Civil. Curitiba. N. 32, abril/junho de 2004, p.224.

³⁸⁰ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de Tutela de ofício?* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2930>, acessado em 13 de maio de 2010.

Trazem-se à colação, ainda, trechos de relevantes decisões em que julgadores examinaram o tema da tutela antecipada de ofício.

Acórdão AC 297210/AL
 Origem - Tribunal Regional Federal - 5ª Região
 Classe: AC - Apelação Cível
 Número do Processo: 0005226-32.2001.4.05.8000
 Órgão Julgador: Terceira Turma
 Relator: Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
 Data Julgamento: 06/03/2008
 Documento nº: 159993
 Publicações: Fonte: Diário Da Justiça - DATA: 05/06/2008 - Página: 367 - Nº: 106 - Ano: 2008

Decisão: UNÂNIME - PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. PROVA DA CONVIVÊNCIA E DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. **TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA DE OFÍCIO NA SENTENÇA.** POSSIBILIDADE.

1. Pretensão autoral de concessão de pensão por morte, na qualidade de companheira do de cujus, e que vem sendo paga à esposa do segurado falecido.
2. Competente a justiça federal para apreciar o caso, uma vez que o pedido da autora transcendeu ao requerimento de declaração de existência de união estável entre ela o instituidor da pensão, pleiteando também a concessão do benéfico de pensão por morte.
3. Por se cuidar de matéria com caráter alimentício e de difícil reparação ulterior, é permitido ao magistrado conceder *ex officio* a antecipação dos efeitos da tutela.
4. A autora faz jus à percepção do benefício pleiteado, eis que logrou comprovar que conviveu maritalmente com o segurado falecido, o que evidencia a caracterização de união estável. apelação e remessa necessária improvidas.

Acórdão -Origem: TRF-2
Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 331031
Processo: 1995.50.01.006672-8 **UF :** ES **Órgão Julgador:** sexta turma
 Relator: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
Data Decisão: 28/09/2004 **Documento:** TRF-200131934
 Fonte: DJU - Data::26/10/2004 - Página::197

Ementa - APELAÇÃO CÍVEL. PERÍCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA UNIÃO FEDERAL. NULIDADE. A apreciação da Apelação interposta concomitantemente ao Agravo retido, torna-o prejudicado quando abordadas as mesmas alegações e fundamentação em ambos os recursos. É obrigatória a intimação pessoal da União, o que não se supre com a publicação do despacho no Diário Oficial, constituindo, destarte, nulidade a inexistência de intimação do ente público para ciência do laudo pericial

Decisão - A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso e à remessa necessária, julgou prejudicado o agravo retido, bem como **concedeu de ofício a tutela antecipada**, tudo nos termos do voto da Relatora.

Acórdão -Origem: TRF-2

Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 289007

Processo: 2002.02.01.022455-9 **UF :** RJ **Orgão Julgador:** terceira turma

Relator: Desembargador Federal PAULO BARATA

Data Decisão: 21/09/2004 **Documento:** TRF-200136991

Fonte: DJU - Data::06/04/2005 - Página:102

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE DE SEGURADO – MÃE – COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS - POSSIBILIDADE – ART. 124 DA Lei 8.213/91. 1. Os pais são beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na qualidade de dependentes do segurado (art. 16, II, da Lei 8.213/91), sendo-lhes devido, na ausência de dependentes da classe anterior (inciso I do art. 16), o benefício de pensão por morte do filho. 2. A dependência econômica da mãe em relação ao segurado falecido, ainda que não exclusiva, deve ser demonstrada, de acordo com o § 4º do art. 16 da Lei 8.213/91 e Súmula 229 do TFR. 3. A prova testemunhal é idônea à comprovação da dependência econômica da mãe em relação ao de cujus. Precedentes. 4. A teor do disposto no art. 124 da Lei 8.213/91, inexistente impedimento legal à cumulação do benefício de pensão por morte de cônjuge, aposentadoria por invalidez, e pensão por morte de filho. 5. Tutela antecipada de ofício. 6. Apelação provida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso e concedeu, de ofício, a antecipação da tutela, nos termos do voto do Relator.

Acórdão - Origem: TRF-2

Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 417547

Processo: 2001.50.01.006581-7 **UF :** RJ

Orgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA

Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Data Decisão: 18/08/2008 **Documento:** TRF-200191254

Fonte: DJU - Data::08/09/2008 - Página::318

Ementa - ADMINISTRATIVO – MILITAR - PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE - LEIS 4.242/63 E 3.765/60 - FILHO MAIOR E INVÁLIDO - REVERSÃO - CABIMENTO – CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL - ACUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA - PRECEDENTES 1- Cabível o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, de ofício, pelo Juiz, se, atendidos os requisitos previstos no artigo 273, do CPC, restando evidenciado o direito pleiteado, e se tratar de hipótese em que há perigo de dano de difícil reparação ao Autor, evidenciado pela possível privação de verbas de natureza alimentar. Precedentes 2- "O direito à pensão de ex-combatente é regido pelas normas legais em vigor à data do evento morte. Tratando-se de reversão do benefício à filha mulher, em razão do falecimento da própria mãe que a vinha recebendo, consideram-se não os preceitos em vigor quando do óbito desta última, mas do primeiro, ou seja, do ex-combatente."(STF, Plenário, MS 21707-3/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, maioria, DJ 22.09.95) 3- Para efeito de reversão de pensão de viúva de ex-combatente, falecido na vigência das Leis 4.242/63 e 3.765/60, devem ser aplicadas as disposições nelas estabelecidas, que asseguram o direito ao benefício de pensão especial de ex-combatente tanto às viúvas quanto aos "aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;", não se cogitando da incidência da Lei 8.059/90, vigente somente a partir de julho de 1990. 4 - A prescrição, na espécie, tem incidência unicamente sobre as parcelas não incluídas no quinquênio anterior à data da propositura da ação, que se deu em 04.07.2001. 5 - De acordo com a jurisprudência dominante dos

nossos Tribunais pátrios, é cabível a acumulação da pensão especial de ex-combatente com aposentadoria previdenciária. 6- Apelação da União Federal e Remessa Necessária, considerada existente, improvidas.

Decisão - Decide a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa necessária, nos termos do voto do Relator.

Ademais, outro óbice levantado contra a concessão da tutela antecipada sem o requerimento expresso da parte seria a afronta ao princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido da parte, previsto no art. 460 do CPC³⁸¹, o que se entende é que não é lícito ao juiz ultrapassar os limites do pedido, sob pena de sua decisão ser considerada nula. Contudo, o mencionado princípio não impede a atuação do juiz dentro desse parâmetro³⁸².

Por fim, da mesma forma não se pode concordar que a imparcialidade do juiz esteja maculada por conceder a antecipação da tutela, mesmo que esteja ausente o requerimento expresso da parte. Absurdo imaginar dita idéia, eis que seria por demais forçoso acreditar que toda e qualquer atuação de ofício do juiz, no sentido de viabilizar o processo, estaria maculando a sua imparcialidade. O que não ocorre, por exemplo, nas diversas hipóteses e oportunidades, em que o magistrado pode e deve concretizar de ofício, independentemente de provocação, agindo até naturalmente, até porque é expressamente permitido na lei processual vigente, no Código de Processo Civil, como na direção do processo (artigo 125 do CPC³⁸³); condução do processo (artigo 262 do CPC³⁸⁴); vedação a atos de simulação e de conluio (artigo 129 do CPC³⁸⁵); livre investigação das provas (artigo 130 do CPC³⁸⁶).

Não apenas nessas hipóteses supracitadas, mas também, por óbvio, quando suscitar questões de ordem pública, como as preliminares (artigo 301, parágrafo 4º, do

³⁸¹ “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

³⁸² FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. *A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007, 85.

³⁸³ “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; V- [...]”

³⁸⁴ Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

³⁸⁵ “Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.”

³⁸⁶ “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.”

CPC³⁸⁷); prescrição (artigo 219, parágrafo 5º, do CPC³⁸⁸); fato superveniente à propositura da demanda (artigo 462 do CPC³⁸⁹); improcedência nas lides repetitivas (artigo 285-A do CPC³⁹⁰).

Os artigos seguintes denotam as mesmas possibilidades de atuações de ofício do magistrado. Vê-se então:

Artigo 266, CPC: “Durante a suspensão do processo é defeso praticar qualquer ato processual; poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar danos irreparáveis.”

Artigo 793, CPC: “Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes.”

É notória, outrossim, a possibilidade do magistrado nas modalidades de aplicação de Sanções Processuais, como pode-se demonstrar: Litigância de Má Fé (artigo 18 do CPC); Ato atentatório ao Exercício da Jurisdição (artigo 14, parágrafo único, do CPC); Ato atentatório à Dignidade da Justiça (artigo 599 do CPC³⁹¹); Multas Astreintes (artigo 461 do CPC³⁹²).

Afinal, importante ressaltar que, o magistrado se incumbe tanto de velar pelo desenvolvimento regular do processo, quanto pela prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva.

6.3 Responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício

³⁸⁷ “Art.301,§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.”

³⁸⁸ “Art.219,§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”

³⁸⁹ “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

³⁹⁰ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

³⁹¹ Art. 599. O juiz pode, em qualquer momento do processo: I - ordenar o comparecimento das partes; II - advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da jus.”

³⁹² Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

No intuito de se obter a imperiosa efetividade, na verdade, um modelo processual deverá garantir tanto a adequada entrega da tutela jurisdicional devida, como também proporcionar a imediata concretização desta mesma tutela. Nesse sentido, para fazer jus a essa imediata concretização da tutela jurisdicional, o ideal seria que, imediatamente após o réu ter ciência da decisão concedendo a antecipação de tutela, por exemplo, o próprio réu deveria tomar a iniciativa de entrar em contato com o autor para cumprir o que o magistrado determinou.

Como cediço, na prática não acontece assim. Pois, quase sempre ocorrerá uma fase de concretização do comando jurisdicional, fase essa denominada de efetivação da tutela jurisdicional antecipada ou como prefere alguns “atuação” da tutela antecipatória. Essa nova nomenclatura³⁹³ e metodologia se deu devido à nova dinâmica proporcionada pelas recentes alterações na legislação processual civil.

Na sistemática da medida judicial antecipatória, destinada a adiantar os efeitos da tutela jurisdicional final pretendida, oferecendo-a uma maior agilidade, não ocorre uma execução forçada nos moldes arcaicos e ultrapassado do sistema de processo de execução. Pois, não teria sentido submeter o instituto da tutela antecipada, uma tutela de “pronta exequibilidade”³⁹⁴, capaz de produzir de plano os seus resultados, à lerdia tradicional do sistema de tutela executiva *stricto sensu*.

Seguindo esse entendimento, são as lições de concordância do ilustre Bedaque³⁹⁵ “não se pode admitir que a atuação da tutela antecipada seja efetivada nos moldes do processo de execução, sob pena de retirar-lhe completamente a utilidade prática”, e também do ministro Fux³⁹⁶ “ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituisse uma antecipação no curso do processo de conhecimento, visando a agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução.”

Assim, quanto ao entendimento do procedimento da dita efetivação aplicada aos casos de antecipação dos efeitos da tutela, dada pela nova positivação do art. 273, inserida pela Lei nº 10.444/2002, deve-se aplicar o procedimento da norma prevista no

³⁹³ Fredie Didier Júnior (“Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito”. *Revista de Processo*. nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/jun de 2003, p. 226), Luiz Fux (*Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 118) e José Eduardo Carreira Alvim (*Tutela antecipada*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2003, p. 113).

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 242.

³⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 392-393.

³⁹⁶ FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 118.

art. 475-O do CPC, que substituiu o art. 588, do mesmo diploma, eis que foi revogado pela Lei nº 11.232/2005.

Adiante, questionam alguns autores o seguinte: tudo bem, uma vez concedida a tutela antecipada e inclusive cumprida a fase de efetivação, a quem caberia a responsabilização pelos danos ocasionados com a efetivação da tutela antecipatória que viesse a ser modificada, posteriormente? E se o mesmo ocorrer diante da concessão da medida cautelar?

No que se refere à medida cautelar, o artigo 811, I, expressa claramente que “Sem prejuízo no 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.” Ora, o requerente será responsabilizado objetivamente pelo prejuízo que causar com a execução da medida, em caso de haver alteração do pronunciamento judicial em seu desfavor; acontecendo o mesmo, na forma do art. 797 do CPC³⁹⁷, quando a medida tenha sido concedida pelo juiz de ofício.

Aplica-se ao caso o instituto da responsabilidade objetiva, ou seja, é completamente dispensável a busca de culpa ou do erro da decisão dada pelo magistrado.

Já em se tratando da medida antecipatória ou medida satisfativa, quando requerida expressamente pela parte, como de regra, e sendo posteriormente alterado o pronunciamento judicial a respeito, ou melhor, ocorrendo a reversão da medida, a responsabilidade recai, objetivamente, sobre a parte que a requereu, sendo certo que o juiz, quando possível, determinará a caução a fim de garantir qualquer eventual prejuízo em virtude de a medida concedida ter sido revogada, semelhante ao disposto no artigo 804,CPC³⁹⁸.

Por conseguinte, pode-se aparentar outra dúvida, quando a concessão da medida se der, sem o requerimento expresso da parte, ou se este for de modo implícito na petição inicial, ou seja, quando o juiz conceder de ofício, e em momento ulterior, a decisão antecipatória satisfativa for revertida ao *status quo ante*?

Da mesma forma, ao ver a questão, não há necessidade de dúvida, tendo em vista a resposta poder seguir evidentemente o mesmo caminho anterior. Ou seja, a parte

³⁹⁷ “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

³⁹⁸ “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”

a quem aproveita a antecipação da tutela é quem deverá arcar com eventuais prejuízos decorrentes de sua eventual reversão. Assim, o beneficiado responderá objetivamente caso haja ulterior decisão judicial modificadora da medida satisfativa concedida de ofício pelo juiz, a seu favor, e em prejuízo do demandado.

Nesse momento, merece ressaltar a importância do cumprimento dos provimentos judiciais e do comportamento de todos aqueles que participam do processo, e não apenas, as partes e o juiz, sob pena de infringir os princípios já estudados, em especial, o princípio da duração razoável do processo e da efetividade, e conseqüentemente, sofrer várias punições.

O cumprimento das decisões judiciais é norteada pelas diretrizes do artigo 14 do Código de Processo Civil, que no *caput* do seu texto original expressava apenas que “Compete às partes e aos seus procuradores”, entretanto, a Lei nº 10.358/01 ampliou o âmbito pessoal, com vistas a incluir, ao lado das partes processuais, todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, estando todos obrigados a respeitar os seus respectivos deveres. E assim, ficou positivado no *caput* desse art. 14: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:”

Ademais, foi acrescentado mais um dever ao elenco já existente, através da inserção do atual inciso V, pela retrocitada Lei, de forma a impor a todos os participantes, o dever de cumprir e de não criar embaraços as decisões judiciais concedidas, sejam incidentalmente em sede de antecipação de tutela, sejam as proferidas no âmbito da fase sentencial, a saber: “V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

Em seguida, foi posto em evidência que, caso haja qualquer violação desrespeitando os deveres supramencionados do inciso V, do artigo 14, surge um novo instrumento processual denominado de “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, destinado a servir de meio de coerção para o cumprimento desses deveres, sendo capaz de ensejar ao responsável a aplicação de multa pecuniária, além das demais sanções cabíveis, nas esferas civil, criminal e processual.

Art.14, Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo ao juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar

ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo pago no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Trata-se, pois, de uma nova sistemática contra abusos na seara processual, da qual se extrai uma moderna e poderosa arma, capaz de atender, com precisão maior de que outras medidas semelhantes como as sanções decorrentes da litigância de má fé³⁹⁹ e do ato atentatório à dignidade da justiça⁴⁰⁰, às situações de embaraços provocados pelas partes à concretização dos provimentos jurisdicionais. Uma vez, criado obstáculo ao cumprimento de provimento jurisdicional de cunho antecipatório, configurado estará, portanto, o desrespeito ao órgão jurisdicional em particular e ao Poder Judiciário como um todo. Constrangimento este que deverá levar o magistrado a aplicar a sanção pecuniária prevista no parágrafo único do artigo 14 do CPC ao responsável pelo descumprimento do respectivo dever, em virtude da sua ação ou omissão em detrimento da concretização da tutela jurisdicional.⁴⁰¹

O novo instrumento de coerção em tela é uma ferramenta que deve ser utilizada pelo magistrado, com bem mais responsabilidade para punir os infratores, seja a requerimento do prejudicado ou de ofício, que muito se assemelha ao instituto do “*contempt of court*” do Direito norte-americano, que, com propriedade, leciona GRINOVER⁴⁰²

a origem do *contempt of court* está associada à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência. Atualmente, todos os atos tendentes a obstruir o cumprimento das funções de um juízo, envolvendo uma afronta, podem constituir desacato. Inclui-se no conceito atual de abuso do processo. Assim, na definição de Swayzee, *contempt of court* é a prática de qualquer ato que tende a ofender

³⁹⁹ Artigo 18 do CPC: “O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

⁴⁰⁰ Artigo 600 do CPC: “Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.”

⁴⁰¹ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao profº Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.541.

⁴⁰² GRINOVER, Ada Pelegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 65.

um tribunal na administração de justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem. Com base nessa ampla esfera conceitual, o *contempt* hoje se divide em criminal e civil. O criminal destina-se à punição pela conduta atentatória praticada. O civil destina-se ao cumprimento da decisão judicial, usando para tanto meios coercitivos. Uma conduta desrespeitosa pode ser passível, ao mesmo tempo, de *contempt* civil e criminal, seja no processo civil, seja no processo penal. No *contempt* criminal (punitivo), o processo, autônomo, sumário, é instaurado de ofício ou por provação da parte interessada; no civil (coercitivo), a aplicação ocorre nos mesmo autos, mediante provocação do interessado, garantida a ampla defesa.

Por fim, o novo instrumento punitivo do “*contempt of court*” no âmbito do modelo processual brasileiro, assim, se encontra à disposição dos juízes para auxiliar na missão de proporcionar o efetivo acesso à justiça. Enquanto não for desenvolvida uma autêntica cultura de respeito e consideração às decisões judiciais, seja de natureza antecipatória ou final, e de cumprimento espontâneo dos provimentos jurisdicionais, tal instituto poderá ser de grande utilidade para os operadores do direito realmente comprometidos com o aperfeiçoamento do sistema processual.⁴⁰³

Ante o esposado, para que realmente se concretize o direito de acesso à justiça, o direito fundamental a uma duração razoável do processo, a imperiosa efetividade do modelo processual brasileiro, por mais eficiente que seja o sistema processual, a sua eficácia prática estará condicionada à atuação e à um grau de conscientização dos seus usuários, operadores do direito, destinatários dos serviços jurisdicionais, e especialmente dos magistrados, os quais incumbem explorar adequadamente os instrumentos e, especialmente, cumprir os deveres impostos pelas diretrizes da legislação processual.

⁴⁰³ TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2: estudos em homenagem ao prof^o Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.541.

CONCLUSÃO

Aprioristicamente, importante pontuar que, o presente trabalho não teve a pretensão de esgotar todo o tema acerca da razoável duração do processo e a garantia constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva, mormente no que diz respeito à possibilidade da atuação *ex officio* do magistrado na concessão da antecipação da tutela, apesar de opiniões contrárias a sua concessão.

O primeiro capítulo do trabalho tratou-se da tutela jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por finalidade trazer as noções básicas sobre sociedade, direito e Jurisdição; relação jurídica processual; linhas evolutivas do processo brasileiro, e enfim, a fase instrumentalista do processo.

Anote-se que, sendo o Estado titular do poder de decidir os conflitos de interesses não resolvidos no âmbito extrajudicial, o sistema jurídico atual pauta-se na proibição de recusa da prestação jurisdicional, restando-lhe o dever de oferecer resposta ao problema quando for invocado, acolhendo ou negando a pretensão do demandante. Assim, verifica-se que, além de um poder do Estado, a jurisdição é, também, um dever.

Percebe-se pois que, o processo é um instrumento a serviço da parte, titular do direito ofendido, para obter a prestação jurisdicional. É através dele que o Estado exerce a Jurisdição, sua função fundamental, manifestando a vontade do direito material ao decidir, de forma imperativa, sobre o litígio, dando razão a uma das partes.

O processo, além de autônomo com relação ao direito material, é de natureza pública. O Estado coloca o processo à disposição das partes. Cuida-se, portanto, de uma faculdade, para a qual a parte interessada tem disponibilidade.

Não se pode deixar de registrar o caráter teleológico que reveste o processo, na medida em que a vontade concreta da lei material é ditada através dele, pondo fim ao litígio. Nesse sentido, o fim do processo é a entrega da prestação jurisdicional justa, que satisfaz à tutela jurídica.

Reconheça-se que, a partir da instauração do processo, trava-se uma relação jurídica processual, de direito público, que compreende o Estado-juiz, bem como as partes envolvidas na situação conflituosa, ou seja, o demandante e o demandado. Ainda no tocante à relação jurídica processual, é importante ressaltar que, o juiz atua no processo na condição de órgão do Estado, exercendo o poder, em benefício geral e no

cumprimento da sua função de pacificar pessoas em conflito e fazer justiça, essa é a sua missão.

Ao processo é dado a missão de conduzir o interessado à obtenção de uma justiça substancial, de sorte que o não exame das pretensões daqueles que invocam o Poder Judiciário torna o referido instrumento um exercício improdutivo de lógica jurídica. O excesso de legalidade formal não pode impor às pessoas o seguimento cego à lei, invertendo-se a razão lógica de que as leis é que devem servir aos anseios da pessoa humana.

Desta feita, compreende-se que a idéia de instrumentalidade do processo está diretamente ligada à produção de resultados efetivos àquele que detém o direito material.

A segunda parte do trabalho é exposta no segundo capítulo, o qual estudou o acesso à justiça como direito fundamental do cidadão, a evolução do seu conceito e os principais entraves para sua efetividade. Trata-se também da relação do acesso à justiça como substrato da reforma processual com o documento 319 do Banco Mundial.

A conclusão a que se chega nesse capítulo é a de que o acesso à Justiça é tema de grande relevância na seara jurídica, colocando-se, hodiernamente, entre as principais preocupações dos operadores jurídicos, que, sensibilizados com a necessidade de se possibilitar a todos os cidadãos o exercício de seus direitos, procuram formas de fazer com que a Justiça se aproxime cada vez mais de todos os jurisdicionados, independentemente da capacidade social, cultural ou econômica deles.

Ao lado disso, e intrinsecamente relacionada com a temática do acesso à Justiça, está a efetividade do processo, condição essencial para que se possa proporcionar ao usuário do sistema judiciário o alcance da realização de sua pretensão, com a entrega do bem da vida procurado em Juízo e não apenas com emissão de uma resposta técnica para o problema submetido a julgamento.

De extrema valia salientar que, o direito ao acesso à justiça constitui um importante direito fundamental, vez que, através do acionamento do aparelho estatal é que os cidadãos podem reivindicar e garantir todos os outros direitos previstos no ordenamento jurídico, daí a violação ou restrição do direito ao acesso à justiça provoca um imensurável prejuízo aos cidadãos ou jurisdicionados. Daí afirmar que a essência do direito ao acesso à justiça, inclui também o direito à razoável duração do processo, exigindo do Estado que a resposta seja prestada em tempo razoável.

Outro ponto abordado neste capítulo, referiu-se ao documento técnico de nº 319 do Banco Mundial, o qual destacou uma crise institucional do Poder Judiciário, como um dos poderes estruturais do Estado. Ademais, observou-se que o Judiciário dos países latino-americano e do Caribe convive com a morosidade nas conclusões dos processos judiciais, provocado pelo excesso e acúmulo destes, além da ausência de transparência e previsibilidade das decisões o que provoca uma menor credibilidade no sistema, bem como promove um acesso limitado aos cidadãos, ineficiência dos ensinamentos jurídicos e inadequação dos programas de estágios, normas jurídicas ultrapassadas, a não adoção de medidas alternativas de solução de conflitos, incapacidade administrativa das autoridades, que não conseguem coordenar o bom andamento processual, o quadro reduzido de magistrados, que por outro lado não são aprimorados em sua formação, servidores desestimulados, orçamentos públicos sem transparência, inexistência de um disciplinamento para aplicação de penalidades por condutas anti-éticas, entre outros fatores.

Como pôde notar, as reformas experimentadas pelo Poder Judiciário Brasileiro, promovidas por Leis Ordinárias e pela Emenda Constitucional 45/2004, foram objeto da recomendação do documento mencionado desta instituição econômica do Banco Mundial, e provocaram uma reflexão sobre o propósito econômico que se encontra submerso.

O legislador pátrio torna o diploma processual civil sujeito à repetidas inovações, mais uma vez, sob a influência da forte necessidade dos brasileiros receberem uma prestação jurisdicional célere, qualitativa e efetiva.

Ademais, o projeto de lei do novo Código de Processo Civil (CPC), também fruto do documento 319 do Banco Mundial, da EC 45/04 e conseqüentemente do princípio da duração razoável do processo, está tramitando com o fito de alcançar esse desafio, e então, conciliar a celeridade com a qualidade e garantias constitucionais, como ideais que fazem parte dos princípios norteadores desse projeto de novo CPC, pois os reclames da população continua a ser a morosidade da Justiça.

A terceira parte do trabalho subdividiu em dois capítulos, terceiro e quarto. O capítulo terceiro tratou-se dos direitos fundamentais e princípios processuais pertinentes à prestação da tutela jurisdicional.

Percebeu-se neste momento que, no Brasil, os direitos e garantias fundamentais estão inseridos positivamente nas Constituições desde a primeira Carta Política Nacional outorgada em 1824. A Constituição Brasileira de 1988 cuida dos

direitos fundamentais no seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais). Importante esclarecer, no entanto, que os direitos ali esposados não são os únicos direitos fundamentais adotados e reconhecidos no Brasil, eis que foi digno de menção é a distinção existente entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídica fundamental reconhecida em razão da dignidade da pessoa humana e essencial num Estado Constitucional Democrático de Direito, posto que sua própria definição está indissolúvelmente relacionada com a noção de Democracia, possuem características comuns que os identificam entre si e, por outro lado, os distinguem das demais espécies jurídicas.

Percebeu-se também que, os direitos pleiteados pelos cidadãos nos diferentes períodos históricos foram categorizados para facilitar o seu estudo, em gerações de direitos, existindo, portanto, os direitos de primeira, segunda, terceira e até de quarta dimensões.

A Constituição de 1988 erigiu a dignidade humana, qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, como valor fundamental. Infere-se ainda que, essa mesma dignidade da pessoa humana constitui, concomitantemente, um limite e um dever tanto dos poderes públicos como de toda a sociedade.

De qualquer forma, importante frisar que o aumento de direitos fundamentais reconhecidos se dê sempre em busca da concretização do princípio da dignidade humana e da justiça social.

Outrossim, estudou-se neste capítulo os princípios que devem permear a atuação jurisdicional com vistas a que seja prestada uma tutela de forma efetiva. Analisaram-se os princípios informadores do processo e alguns outros princípios que também devem estar presentes quando é dado ao juiz decidir a causa, de uma forma a não infringi-los, mas também que atenda a sua missão de oferecer a decisão justa.

O quarto capítulo referiu-se ao estudo da garantia constitucional da duração razoável do processo. Tratou-se da relação entre o tempo e o processo, em razão da sua importância para que a tutela jurisdicional seja prestada com efetividade.

Denotou-se que, pelo aspecto da tutela constitucional do processo, a Emenda de 2004 promete “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art.5º, inc.LXXVIII), reeditando disposição já contida no Pacto de São José da Costa Rica (art.8º, n.1). Essa reforma do Judiciário, movida pela

EC 45/04, como estudado foi fruto das recomendações do Documento 319 do Banco Mundial.

Importante concluir que, o maior problema hoje é fazer com que se torne realidade a promessa constitucional de que os processos terão uma duração razoável. É vencer esse desafio, porque o processo tem que dar uma resposta judicial no prazo razoável.

A quarta e última parte deste trabalho compõe-se do quinto e sexto capítulo. O quinto capítulo tratou-se da tutela de urgência, mormente a tutela antecipada, sendo o sexto capítulo o cerne deste trabalho, pontuando a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício.

O quinto capítulo, por se ter reconhecido a importância das tutelas de cognição sumária, para evitar o perecimento de direito e garantir o resultado útil do processo, ou melhor, garantir a efetividade processual, reservou-se para o tratamento das tutelas de urgência. Nesse capítulo, tratou-se dos fundamentos, dos antecedentes históricos e dos instrumentos da tutela de urgência, a tutela cautelar e a tutela antecipada. Estudou-se também as diferenças e semelhanças entre elas, trazendo sua origem comum e o seu tratamento no direito comparado.

Em seguida, reservou-se um tópico para tratar da tutela antecipada, em razão de sua pertinência com o tema em estudo. Nesse momento, tratou-se do surgimento e desenvolvimento do instituto da antecipação da tutela no Brasil, seu conceito, elementos característicos, hipóteses de cabimento, modalidades e requisitos para concessão da tutela antecipada, além de questões novas trazidas pela reforma do CPC acerca do art. 273, como a fungibilidade em relação à tutela cautelar e à tutela antecipatória, e da denominada efetivação desse instituto em tela.

Não obstante, a tutela antecipada ter sido, anteriormente à reforma do CPC, concedida em liminar no processo cautelar, na classificação de cautelar inominada, referido instituto antecipatório mereceu grande destaque, eis que está expressamente consagrado na legislação brasileira, por ser uma técnica capaz de trazer a efetividade do processo, mormente pelo seu *status* de direito fundamental com guarida na Constituição de 1988, em razão do direito fundamental a obter uma tutela efetiva.

Na seara do sistema processual comum, organizando-se, basicamente em três modalidades de tutela antecipada satisfativa: uma, a tutela antecipada genérica, denominada também de tutela antecipada residual, disciplinada no *caput* e incisos I e II do artigo 273 do CPC, destinada a adiantar os efeitos da tutela jurisdicional nas diversas

espécies de ação não abrangidas pelas outras duas categorias; duas, a tutela antecipada específica, prevista §3º do artigo 461 CPC, dirigida às ações cujo objeto principal seja o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e que, por força do §3º do artigo 461-A, se tornou igualmente aplicável às ações que tenha por objeto a prestação envolvendo a entrega de coisa; três, a tutela antecipada liminar ou medida liminar antecipatória, formada pelas diversas medidas liminares previstas em vários dispositivos da legislação processual brasileira pertinente às ações especiais.

Dessarte, percebeu-se que com todas essas espécies de medida antecipatória, o modelo processual pátrio possui um instituto que busca atenuar os efeitos nocivos da morosidade do Judiciário.

Em seguida, dedicou-se o sexto e último capítulo ao estudo da concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício pelo juiz, oferecendo outras formas de se interpretar o instituto da tutela antecipada, quando não houver o requisito específico do requerimento expresso da parte. Neste capítulo, tratou, portanto, da atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final, tutela antecipada de ofício, responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício.

Diante das considerações deste trabalho, o art. 273 do CPC, regulamentador da tutela antecipada, uma das ferramentas jurídicas hábeis a dar efetividade ao processo, desde a EC nº 45/2004, passou a necessitar de uma visão mais alargada de seu conteúdo semântico-jurídico-impositivo, denotando-se o dever de o Estado tutelar antecipadamente o pedido evidenciado na petição inicial, quando presentes todos requisitos do art. 273 do CPC, inclusive o requerimento expresso da parte, concluindo-se pela verdadeira obrigação estatal e não mais mera faculdade do juiz, como exposto está na sua leitura “poderá”, mas sim “deverá”, portanto.

Desse modo, se diante de um caso concreto, o juiz evidenciar os requisitos gerais e específicos do artigo 273 do CPC para concessão da tutela antecipada, inclusive o requerimento expresso da parte nesse sentido, obrigado está a outorgar antecipadamente os efeitos do pretendido na inicial, ou melhor, é dever constitucional do Estado, de conceder uma proteção ao pedido expressamente solicitado de modo célere, sob pena de ferir preceito constitucional de índole fundamental, conforme extrai-se expressamente do art. 5º da Constituição, disposto no seu inciso LXXVIII, acrescentado com a edição da EC nº45/2004, formulando o princípio da duração razoável do processo, e também do seu parágrafo primeiro, pertinente à sua

aplicabilidade imediata.

O moderno perfil do atual momento do direito processual pátrio, em incessante luta pela efetividade, enquanto instrumento assecuratório de uma tutela jurisdicional adequada e do acesso à justiça, não aceita essa atitude do legislador ordinário em exigir sempre o dito requisito, e conseqüentemente, não poder conceder a tutela antecipada de ofício, em razão da ausência do requerimento do interessado.

Portanto, defende-se neste trabalho a possibilidade do magistrado conceder a tutela antecipada de ofício, ou seja, sem o expresso requerimento da parte, a depender do caso concreto, desde que presentes os demais requisitos para sua concessão, quando esta atuação de ofício do juiz, apresentar-se a única forma de assegurar a efetividade do direito material e do modelo processual.

Ressalte-se que, não se está pugnando a necessidade de dar superpoderes ao magistrado. Apenas de equipá-lo com as ferramentas necessárias ao cumprimento do seu dever de entregar uma adequada e justa tutela jurisdicional. Assim, o magistrado poderá antecipar de ofício os efeitos da tutela final pretendida, quando diante de uma situação emergencial no processo, e se entender como sendo o melhor instrumento de efetividade processual, pois triste seria presenciar um juiz inerte, sem poder agir para resguardar o direito ao acesso à justiça do jurisdicionado, sem realizar a justiça do caso concreto, portanto.

Ademais, quanto à responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida de urgência concedida, caso posteriormente seja modificada, tanto para a tutela cautelar, quanto ao requerimento da tutela antecipada, a responsabilidade recai para a parte a quem aproveita a medida. Da mesma forma, no que tange à antecipação da tutela de ofício pelo juiz, a solução não fugirá a regra, ou melhor, a parte beneficiada com a medida concedida, é quem deverá arcar com eventuais prejuízos decorrentes de sua eventual reversão. Assim, o beneficiado responderá objetivamente caso haja ulterior decisão judicial modificadora da medida satisfativa concedida de ofício pelo juiz, a seu favor, e em prejuízo do demandado.

Ante o exposto, de acordo com a nova visão constitucional do processo, essa é a interpretação que mais se apropria com os princípios da razoável duração do processo e da efetividade processual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Teoria Geral do Processo: penal, civil, trabalhista*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2003.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, v. 2: processo de conhecimento*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. *Não há alternativa?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=38>, acessado em 05/04/2010.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2006, p. 311-313.

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

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Supertino. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILLA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.calendario.cnt.br/ruibarbosa.htm>>. Acesso em: 20/03/2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Ricardo de Oliveira Pães. *Curso de direito processual civil*. 2ª.ed.Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

BARROSO **Erro! Indicador não definido.** Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de Urgência - tentativa de sistematização*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª reimpressão. São Paulo: editora Polis, 1989.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil*. São Paulo, Saraiva 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

_____. Problema das reformas do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: UFMT, 2002.

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

COREA, Josel Machado. *Recurso de apelação: história e dogmática*. São Paulo: Iglu, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As mudanças no processo de execução e seus reflexos na execução fiscal. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (coordenadores). *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. 1º ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A Reforma das Leis Processuais. *Revista da ESMAFE 5ª Região*, n.10, dez. 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento*, v. 1. 9ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008.

_____. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5 ed. Salvador. 2005.

_____. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito. *Revista de Processo*. nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/jun de 2003.

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

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol.1. 4ª ed. São Paulo. Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol.3. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à emenda constitucional 45/2004: os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

_____. In: BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. *Os Princípios Constitucionais e sua força normativa. Análise da prática jurisprudencial*. Salvador: JusPodium, 2008.

FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento* Vol.1. Ed. Ltr, 1991.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. *A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007.

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

FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, v. 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A Antecipação da Tutela na Execução*. In: *Revista da ESMAPE*. Vol. 8. nº 14, julho/dezembro, 2001.

_____. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Coor. Willis Santiago Guerra Filho. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOFFMAN, Paulo. O Princípio da Razoável Duração do Processo. In OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. A Razoável Duração do Processo. Salvador: Jus Podivm, 2009, p.90-91. In: PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

_____. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTR, 2009.

_____. *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.111.

LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=2930>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

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

LOPES, Maria Elisabeth de Castro; LOPES, João Batista. *Princípio da Efetividade*. In OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: RT, .2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2008.

MACIEL, Cláudio Baldino. *A reforma do poder judiciário e a influência do Banco Mundial*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 11, 2000.

Disponível em:<http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev11Art6.pdf>.

_____. *O Juiz Independente no Estado Democrático*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/w3/fsmrn/biblioteca/28_claudio_maciel.html>, acessado em 05/04/2010.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Direito processual-Quatro ensaios*. Ceará:1999.

MALLET, Estevão. *A antecipação de tutela no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

MARCATO, Antônio Carlos. *Material de leitura facultativa do curso de pós-graduação em direito processual civil da UNISUL*. 2005. p. 8.

MARINONI , Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *A antecipação da tutela*, 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 18, n.69, 1993.

_____. Observações sobre a tutela antecipatória. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 20, n.19, 1995.

_____. *Técnica processual e tutela de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução da sentença*. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 2. 7º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª edição. Rio de Janeiro, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo. 2004.

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

MESSA, Ana Flávia. Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (coordenadores). *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. 1º ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2.ed., São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo. Atlas. 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NICOLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, v. I, Coimbra: Coimbra, 1996.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. “Da Antecipação de Tutela: Enfoque Trabalhistas” in *Revista LTr*. Vol. 60, nº 03, São Paulo, Março de 1996.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos Humanos*. V. I. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2003.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho- una reconstrucción teórica*. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

PAPINI, Paulo Antônio. Do descabimento da antecipação de tutela na sentença e o recurso cabível para atacá-la. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. nº 12. Porto Alegre: Síntese, 2001.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Antecipação de tutela: reflexo da evolução do Processo Civil no Brasil*. In *Jus Navigandi*, a. 6, n. 52, 2001. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2343>), acesso em 19 de abril de 2010.

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

PIRES, Renato Barth. A reforma do Poder Judiciário e o direito à “razoável duração do processo”. *Revista TRF 3ª Região*, São Paulo, v. 62, nov. e dez. 2003.

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

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003

RAMIN, Áurea Regina Sócio. *As Instituições Brasileiras de Defesa da Concorrência*. Brasília; Fortium, 2005.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3ªed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANDENBERG, Carlos Alberto. *Neoliberal, não: Liberal, para entender o Brasil de hoje e de amanhã*. São Paulo: Globo, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 573.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil: leis 11.187 de 19.10.2005; 11.232 de 22.12.2005; 11.276 e 11.277 de 7.2.2006 e 11.280 de 16.2.2006*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça: notas à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

SOBRINHO, Francisco Rodrigues dos Santos. Tutela antecipada no processo de execução por quantia certa, *In: Jornal do Direito*. Recife, janeiro/fevereiro, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *Processo Ambiental – uma proposta de razoabilidade na duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2009.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Peculiaridades da Antecipação de Tutela Enquanto Instrumento de Concretização da Efetividade do Processo. *In: DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). Processo Civil: aspectos relevantes, v.2: estudos em homenagem ao profº Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Método, 2007.

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

_____. *Processo cautelar*. 11ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1989.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de Direito Processual Civil, vol.2*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Tutela de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 22, nº88, p.24, 1997.

TORRENS, Haradja Leite. *Hermenêutica Jurídica e Paradigmas interpretativos – Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

VALE, André Rufino do Vale. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VERA, Javier Arturo Torres. *jurisdicción y cautela* nº 19.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da Duração Razoável do Processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 34, jan. 2006.

WAMBIER, Arruda Alvim. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós” in *Revista de processo*. nº 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares. in *Aspectos polêmicos da tutela antecipada*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZÉFIRO, Gabriel de Oliveira. O Direito à Razoável Duração da Demanda. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org.). *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.